

Colección



Derecho y discapacidad
In Memoriam José Soto García-Camacho



COLECCIÓN:



NÚMERO: 61

DIRECTOR: Luis Cayo Pérez Bueno

CON EL APOYO DE:



PRIMERA EDICIÓN: diciembre 2012

© CERMI

© DEL TEXTO: Sus autores

© DE LA ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA: David de la Fuente Coello, 2012

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo se puede realizar con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las obras de la Colección Cermi.es editadas por Ediciones Cinca, S. A., incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A. se identifique con las mismas.

DISEÑO DE COLECCIÓN

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca, S. A.

C/ General Ibáñez Ibero, 5 A
28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72

Fax: 91 554 37 90

grupoeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M.

ISBN: 978-84-15305-35-4

Derecho y discapacidad

In Memoriam José Soto García-Camacho

Dirección

Rafael de Lorenzo García

Coordinación

Gloria Álvarez Ramírez

Prólogo

Ángel Juanes Peces

Presidente de la Audiencia Nacional



INNOVACIÓN SOCIAL EN DISCAPACIDAD





José Soto García-Camacho

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
Prólogo	
<i>Ángel Juanes Peces</i>	19
Semblanza emotiva	
<i>Rafael de Lorenzo García</i>	21
En recuerdo de mi padre	
<i>José Javier Soto Ruiz</i>	23
Mi abuelo Pepe	
<i>José Ángel Soto Pérez-Cortés</i>	27

PRIMERA PARTE DERECHO Y DISCAPACIDAD

Capítulo I

Dignidad de la persona y solidaridad

<i>Carlos Álvarez Jiménez</i>	31
1. Introducción	31
2. Dignidad de la persona.....	32
3. Solidaridad.....	35

Capítulo II

La libre elección como parte de la dignidad, autonomía e independencia de las personas con discapacidad: su reconocimiento en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su reflejo en la Ley 39/2006

<i>Luis Cayo Pérez Bueno</i>	41
------------------------------------	----

1. La libertad de opción en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	41
1.1. Consideración de partida.....	41
1.2. El derecho de la persona con discapacidad a ser incluido en la comunidad y a llevar una vida independiente.....	43
2. La libertad de opción en la Ley 39/2006.....	45
2.1. Aspectos más relevantes.....	45
2.2. Grado de correspondencia entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.....	48
2.3. Juicio crítico.....	49
2.4. Propuestas de mejora.....	52
Anexo.....	55
Bibliografía.....	58
Páginas de Internet recomendadas.....	59
Capítulo III	
Avances en la aplicación de la Convención de Nueva York, sobre los derechos de las personas con discapacidad, desde la perspectiva del ministerio fiscal	
<i>Carlos Ganzenmüller Roig</i>	61
1. Introducción.....	61
2. Problemática en torno a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.....	64
3. Del ejercicio de la capacidad jurídica. Mecanismos de apoyo y salvaguardas.....	66
Capítulo IV	
La prevención del derecho humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos sobre las personas con discapacidad	
<i>José Luis de Pedro Moro</i>	75

Capítulo V

La discriminación de las personas con discapacidad como delito. Reflexiones sobre los delitos de denegación de prestaciones (arts. 511 y 512 C.P.)

<i>Antonio Luengo Nieto</i>	83
1. Una aproximación crítica	83
2. Concepto de discriminación	87
3. Denegación discriminatoria de una prestación o servicio de carácter público	88
4. Denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito profesional o empresarial	97
Bibliografía	98

Capítulo VI

La unificación de criterios en la contratación indefinida y temporal de las personas con discapacidad para fomento del empleo

<i>Luis Enrique de la Villa Gil</i>	101
1. La contratación laboral de personas con discapacidad	101
2. La contratación indefinida para fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad	103
3. La contratación temporal para fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad	110
4. La actual disparidad de criterios y la necesaria unificación de los mismos, bajo el modelo la contratación indefinida	115
Bibliografía	117

Capítulo VII

Inclusión laboral de personas con discapacidad y nuevas políticas activas de empleo

<i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i>	119
---	-----

Capítulo VIII

Discapacidad y contratación pública

<i>Miguel Loya del Río, Isabel Enríquez Matas y Mariana Samaniego González</i>	127
1. Introducción	127
2. La intervención de la Administración Pública	130

a)	La actividad promotora de la Administración.....	130
b)	Adopción de medidas en el ámbito de la contratación pública en España.....	132
3.	Medidas concretas previstas en la normativa de contratación pública.	133
a)	Origen de las medidas legislativas en materia de contratación pública dirigidas a la integración de las personas con discapacidad.....	133
b)	Regulación estatal en vigor	135
a)	La Disposición Adicional Sexta de la LCSP.....	135
b)	La Disposición Adicional Séptima de la LCSP.....	138
c)	La Disposición Adicional Vigésimo Primera de la LCSP	140
d)	El nuevo artículo 70 bis de la LCSP	141
e)	Otras previsiones de la LCSP	143
c)	Algunos casos autonómicos.....	143
4.	Retos y futuro	144
	Bibliografía	145

Capítulo IX

Instituciones civiles de utilidad para las personas con discapacidad

	<i>Miguel Ángel del Pozo Espada</i>	147
1.	Introducción.....	147
2.	Instituciones formalizadas por terceras personas a favor de las personas con discapacidad	148
a)	Testamento.....	148
b)	Disposición de bienes a título gratuito	155
3.	Instituciones formalizadas por terceras personas a favor de las personas con discapacidad o por la propia persona con discapacidad ..	156
a)	Constitución de un patrimonio protegido para la persona con discapacidad	156
b)	Contrato de alimentos	159
c)	Renta vitalicia	160
d)	Hipoteca inversa	160
4.	Instituciones formalizadas por personas con discapacidad en previsión de la situación de discapacidad.....	161

a) La autotutela, disposiciones sobre la persona y bienes en previsión de la situación de discapacidad	161
b) Poderes preventivos	164
5. Comentario fiscal.....	165

Capítulo X

Algunos aspectos de la función notarial en relación con las personas con discapacidad

<i>Ángela Villanueva Romero</i>	167
1. Algunos aspectos de la función notarial en relación con las personas con discapacidad	167

Capítulo XI

Derecho de habitación y alimentos

<i>José Antonio Hernández Redondo</i>	181
1. Introducción.....	181
2. El contrato de alimentos	183
a) Concepto.....	183
b) Antecedentes	184
c) Naturaleza	187
d) Forma.....	188
e) Contenido.....	188
f) Extinción.....	189
g) Garantías	191
3. El derecho de habitación	192
a) Introducción	192
b) El derecho de habitación en el Código Civil	194
c) El artículo 822 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 41/2003	195
d) Requisitos para que pueda aplicarse el artículo 822 del Código Civil a una donación o a un legado de derecho de habitación...	196
e) Disposiciones comunes.....	199
Bibliografía	199

Capítulo XII

Un modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

<i>José Condiño Sopa</i>	201
1. Estímulo Impulsor	201
2. Un modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad	202
a) Descripción genérica del modelo de apoyos	204
b) Líneas maestras del modelo.....	204
c) Las medidas de apoyo.....	205
d) El equipo multidisciplinar de apoyo. El Delegado de Apoyo	207
e) Ejemplo práctico del nuevo modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no incapacitadas judicialmente.....	208
Bibliografía.....	210

Capítulo XIII

Arbitraje y discapacidad

<i>Francisco Lamonedá Díaz</i>	213
1. Marco jurídico.....	213
2. Análisis de la regulación específica del Arbitraje para personas con discapacidad.....	225
Bibliografía.....	233

Capítulo XIV

La mediación como instrumento de intervención en situaciones de conflicto en el ámbito de la discapacidad

<i>Gloria Álvarez Ramírez</i>	235
1. Introducción.....	235
2. La mediación como herramienta de intervención jurídico-social.....	237
3. La discapacidad y los conflictos	239
4. Presupuestos necesarios para la aplicación de la mediación en el ámbito de la discapacidad	240
a) El nuevo tratamiento jurídico-social de la discapacidad.....	240
b) La teoría jurídica de los derechos humanos como marco de referencia de la discapacidad.....	241

c) Fundamento constitucional de la protección de las situaciones de discapacidad en España.....	243
d) La dignidad y la igualdad como principios habilitantes de intervención.....	244
5. Consideraciones para la aplicación de la mediación como instrumento para gestionar conflictos en el ámbito de la discapacidad	245
6. Valoración final.....	248
Bibliografía.....	249
Capítulo XV	
La fiscalidad del patrimonio protegido como problema de legitimación del estado social	
<i>José María Ayala de la Torre</i>	251
1. Justificación constitucional de los beneficios fiscales a favor de las personas con discapacidad.....	251
2. El régimen jurídico del patrimonio protegido.....	255
3. La tributación del patrimonio protegido: estado actual y propuestas de reforma.....	259
Capítulo XVI	
Derechos universales, educación y discapacidad. Ejes de acción para tiempos de crisis	
<i>Manuel López Risco</i>	263
1. Derechos Universales, Convención y Educación Inclusiva.....	263
2. Ejes de acción para tiempos de crisis	269
a) Eje 1. Saber de dónde venimos y hacia dónde vamos.....	269
b) Eje 2. Mejorar el sistema educativo en general.....	273
c) Eje 3. Asumir responsabilidades y participación.....	276
d) Eje 4. Compromiso con una formación - capacitación de calidad	277
e) Eje 5. Control y seguimiento.....	279
3. Bibliografía y agradecimientos	282
Capítulo XVII	
La discapacidad y sus relaciones con el consumo de alcohol y drogas	
<i>Ignacio Ferrer Cazorla</i>	285

1. Reconocimiento	285
2. Discapacidad debida al consumo de drogas o alcohol	287
a) Drogas	292
b) Alcohol	296
3. Conclusiones.....	297

SEGUNDA PARTE
SEMBLANZAS

Capítulo XVIII

Un viaje a La Colifata

<i>Blas Curado García</i>	301
1. Mi entrañable relación con Pepe Soto	301
2. Un viaje a la Colifata.....	303
a) El manicomio	305
b) El proyecto.....	306
c) Metodología	307
d) ¿Quiénes hablan en La Colifata?.....	308
e) ¿Para qué hablan?.....	308
f) Análisis del proyecto.....	309
g) La comunicación.....	310
h) ¿Qué problemas/necesidades aborda La Colifata?	311
i) Recursos	316
j) Nuestra visita	318
k) Análisis documental.....	320
Referencias.....	322
Otros datos de interés	323

Capítulo XIX

La excelencia en los valores: Don José Soto García-Camacho. In memoriam

<i>Antonio Ventura Díaz Díaz</i>	325
--	-----

Capítulo XX.....

José Soto García-Camacho: lo mejor de la cultura de un pueblo

<i>Domingo Barbolla Camarero</i>	335
--	-----

A modo de epílogo	335
Quién fue don José Soto García-Camacho.....	338
Sobre su herencia cultural.....	341
Capítulo XXI	
Don José	
<i>Francisco de Jesús Valverde Luengo</i>	343
Capítulo XXII	
A la memoria de D. José Soto	
<i>Antonio Briones</i>	347

TERCERA PARTE
VIDA Y OBRA DE D. JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO

Capítulo XXIII	
Escritos de D. José Soto García-Camacho	351
1. Prólogo: Capacidad Jurídica y Discapacidad: Suecia. Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cuaderno de Trabajo n.º 11. Suecia. FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo a las Personas con Discapacidad), Badajoz, 2009.....	351
2. Artículo: El patrimonio especialmente protegido, poderes y discapacidad.....	364
Capítulo XXIV	
Historia vital de D. José Soto García-Camacho	381

Prólogo

La dilatada trayectoria personal y profesional de D. José Soto García-Camacho, fundamentalmente, su compromiso desinteresado a favor de la reivindicación de los derechos de las personas con discapacidad, merece un respetuoso reconocimiento. A manera de homenaje y también con el propósito de facilitar la consulta de algunos de sus escritos, la Fundación Derecho y Discapacidad, de la cual D. José Soto fue Patrono, presenta esta Obra In Memoriam.

La obra, de carácter interdisciplinar, aúna la colaboración de numerosos profesionales, estudiosos, y especialistas en Derecho de la Discapacidad, que desean rendir un tributo sincero al que fuera Maestro, Intelectual y Amigo.

El trabajo colectivo se estructura en un bloque preliminar y tres partes específicas: Derecho y Discapacidad; Semblanzas; y Vida y Obra de D. José Soto.

Me cabe el honor como jurista, extremeño y amigo de D. José Soto de esbozar unas breves líneas introductorias de esta obra en la que intento ofrecer una visión inicial y el alcance global de la misma.

Tras ello, una semblanza emotiva a cargo de D. Rafael de Lorenzo García, Secretario General del Consejo General de la ONCE, y Secretario de la Fundación Derecho y Discapacidad; que nos participa las razones que han dado lugar a esta obra y que incorpora como colofón a su aportación, haciendo suyos, también, los emotivos escritos de José Javier Soto Ruiz y José Ángel Soto Pérez-Cortés, hijo y nieto, respectivamente, de D. José, que con palabras sentidas nos muestran su parte más personal.

La Primera Parte, *Derecho y Discapacidad*, medular de este trabajo, compendia 17 capítulos que se suceden con un criterio sistemático que brinda una visión sobre la situación de la persona con discapacidad en diferentes ámbitos. Así, los capítulos 1 al 4, nos ofrecen consideraciones sobre los valores de dignidad y solidaridad

referidos a la persona con discapacidad; la libre elección como derecho reconocido en la Convención de la ONU sobre personas con discapacidad; los avances habidos en España en la aplicación de la Convención de la ONU; y las pautas de dimensión internacional habidas en este asunto. El capítulo 5 aborda la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito penal. Por su parte, los capítulos 6, 7 y 8 analizan la situación laboral de las personas con discapacidad con temas como las políticas de empleo o los criterios de contratación para esta parte de población. El ámbito civil es planteado en los capítulos 9, 10, 11 y 12 que ofrecen temáticas referidas al derecho de alimentos y habitación, y a la capacidad jurídica. Los capítulos 13 y 14 abordan el arbitraje y la mediación como figuras válidas y de *in crescendo* uso para resolver conflictos en materia de discapacidad. La fiscalidad, en este caso, del patrimonio protegido, es analizada en el capítulo 15. La educación, en el capítulo 16, y por último el capítulo 17 nos refiere las relaciones habidas entre discapacidad, alcohol y drogas.

La Segunda Parte, recoge un panegírico que amigos, colegas y familiares de D. José rinden en su nombre.

La Tercera Parte, reúne algunos escritos de D. José Soto que nos muestra su perenne compromiso para con las personas con discapacidad. Cerrando esta Parte, se presenta una historia vital de nuestro homenajeado, que muestra, nítidamente, los afanes, preocupaciones y valores que guiaron su buen hacer.

Al meollo de sus contenidos y al reconocido prestigio de sus autores hay que añadir el acierto del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, y de Cinca al decidir unirse al proyecto mediante esta espléndida edición que es digna de elogio y de reconocimiento.

Sin duda, esta obra supone un paso más en el ingente esfuerzo que realizan las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas cuyo buque insignia es el CERMI, al que se ha sumado en este último año la Fundación Derecho y Discapacidad con convicción, pujanza y verdadera voluntad de poner al servicio de la sociedad y de las personas sus contribuciones con el generoso esfuerzo de los miembros de su patronato, por meritorio, resulta bien de justicia reconocer.

Ángel Juanes Peces

Presidente de la Audiencia Nacional

Semblanza emotiva

Rafael de Lorenzo García

Después de leer el prólogo a esta obra de la acertada y generosa pluma de D. Ángel Juanes, poco espacio queda para intentar aportar algo de interés en el frontispicio de la misma, que no consista en plasmar aquí opiniones totalmente ajustadas a la realidad pero plagadas de emociones personales compartidas por mí con dos personas bien queridas, como son el hijo y el nieto de D. José Soto, cuyas palabras comparto, asumo y pregono con la misma intensidad que ellos.

No hace mucho tiempo, la realidad de las personas con discapacidad estaba más circunscrita a los fueros de la merced que a los del derecho.

En el arduo camino por el que ha tenido que transitar el proceso de transformación de la discapacidad, no es fácil encontrarse con juristas que hayan contribuido de manera tan decidida y desinteresada a impulsar los grandes cambios acaecidos en el mundo de la discapacidad para convertirla en objeto de estudio de la ciencia jurídica.

José Soto García-Camacho con máxima voluntad, visión certera y desvelado empeño, hizo expedito el camino, de complicaciones presentes y futuras, se adelantó a muchos de sus colegas incorporando de forma más explícita la preocupación por los derechos de las personas con discapacidad a otras más conocidas de su quehacer como notario. Ello no resultaba del todo novedoso, ya que el interés por temas tan humanos, estaba incluido en sus reflexiones personales que compartía generosamente con familia y amigos de su tan querida Extremadura de la que fue hijo benemérito.

Precisamente en estas tierras abrió un periodo en que se dio inusitado empuje a los asuntos relacionados con la discapacidad: figuras como la del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad, asuntos como la accesibilidad, el patrimonio protegido, los poderes preventivos, o temas tan espinosos como la capacidad jurídica, fueron asumidos por D. José Soto con una visión innovadora y acertada. Desde su labor notarial fue un ferviente impulsor de aquellos mecanismos

e instituciones civiles que pudiesen ser más útiles para favorecer y ayudar a la situación de las personas con discapacidad. Alargó tal empeño a su larga pericia pedagógica, aquella impartida en el Colegio de Abogados de Badajoz y la Escuela de Práctica Jurídica, en los que promovió a ultranza los derechos de las personas con discapacidad, consiguiendo la implantación de un específico Turno de Oficio para el ejercicio de los derechos de esta población, convirtiendo a Extremadura en precursora de tal servicio.

Ciertamente, fue D. José Soto uno de los grandes artífices y estudiosos del derecho de las personas con discapacidad, contribuyendo a consolidar organizaciones destacadas en este ámbito: la Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX), hoy Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad; la Fundación Academia Europea de Yuste, en las que D. José fue determinante para instaurar los hoy conocidos «Asociación Congreso Permanente Derecho y Discapacidad», «Observatorio Estatal de la Discapacidad», «Oficina para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad»; y la «Fundación Derecho y Discapacidad» de la que fue Patrono, y que con esta obra quiere rendirle un sencillo y hondo significado de gratitud memoriosa. Porque, más allá de su contribución como jurista en la formalización de la discapacidad como una especialidad del ordenamiento jurídico, D. José Soto fue sencillamente un gran hombre por la excelsa pluralidad de sus atributos. Su vivir cotidiano era una escuela viva, y no hubo minuto sin que de ella saliese una sabia enseñanza o un admirable ejemplo. No extraña, por tanto, el raudal de aceptaciones a la invitación cursada por la Fundación Derecho y Discapacidad para participar en este Libro Homenaje In Memoriam. La autoría compartida de esta obra corresponde a profesionales en los que, concurren no sólo su conocimiento y especialización en materia de discapacidad, sino que, además, mantuvieron vivencias personales y laborales con D. José Soto.

Pero nadie como su hijo y querido nieto para compendiar los sentimientos de cariño y gratitud de quienes por su influjo y diligencia somos deudores de su vocación jurista y su trabajo en pro de las personas con discapacidad. Por ello, he querido, y me lo han permitido, incorporar en esta «semblanza emotiva», y hacer plenamente mías, las páginas que José hijo y nieto han suscrito con un orgullo inmenso, el mismo que comparto al integrar los textos que van a leer seguidamente.

En recuerdo de mi padre

José Javier Soto Ruiz

Recuerdo a mi padre, en su despacho, con el cuadro pintado a Sanguina por Cristina, los niños en la escuela, del que tanto presumía; con su mesa redonda, con la escultura de Ondina en el centro; con su estantería llena de revistas de derecho, con sus notas en cada una, las del Colegio Notarial de Granada, las de praxis mercantil...

Le recuerdo en su mesa, el papel escrito a mano recogiendo el testamento que iban a firmar las personas que acababan de estar con él.

Le recuerdo, todos los días. Todos los días le echo de menos.

Este es un libro en su recuerdo, en su memoria, para la memoria, que recordará su alegría, su comprensión, su fortaleza, su sabiduría, su prudencia, su humildad, su compromiso, su entrega.

Para su presencia. Que nace desde el cariño que de él emana, de su forma siempre acogedora.

De su compromiso firme en la defensa de la igualdad de las personas del que la creación de esta Fundación Derecho y Discapacidad, es ejemplo, uno más, como lo ha sido su trabajo constante, en su despacho, como Notario, como persona.

En la enseñanza, en el Colegio de Abogados de Badajoz, donde generaciones de jóvenes abogados apreciaron su sabiduría, su cercanía.

Recuerdo sus papeles para las clases en la Escuela de Práctica jurídica, sobre la declaración de herederos, sobre las particiones, los testamentos... siempre actuales, con notas tomadas hace unos días de las últimas resoluciones y sentencias. Su responsabilidad en la enseñanza, su trabajo en ella, y su forma.

Muchos abogados me recordaban, me recuerdan, lo importante que han sido esos brazos abiertos, cargados de generosidad y de sabiduría, en esos primeros momen-

tos en los que empezaban el ejercicio de su profesión. Brazos que seguían siempre abiertos hacia todos, a los que siempre acudían, para los que no hay reemplazo.

Le recuerdo en nuestra casa en Don Benito, en la salita, con mi madre, rodeado de amigos: Joaquín, Carlos Porro, Eduardo, Ricardo Montaña, mi tío Pepe, Pedro Dueñas..., reunidos en torno a la Asociación amigos de la Cultura Extremeña, hablando de la revista Ventana Abierta, de Feval... de proyectos que hoy siguen vivos y que definen a un pueblo, Don Benito, en el que nació y al que siempre quiso. El Cancionero, la Misa Extremeña, conciertos, charlas, viajes, exposiciones... llenaron de vida, de cultura, su pueblo.

Le recuerdo en Cáceres, en las reuniones del Colegio Notarial, del que fue Decano tantos años, siempre atento a los nuevos Notarios. Muchos, que empezaron en esta tierra extremeña, recuerdan su comprensión, su ayuda, en pueblos que prefieren tener en el olvido, mostrando su gratitud con el cariño sincero, ese mismo cariño que recibía todos los días, de él devolvía, que de él nacía.

Como Notario, como compañero, muchos le recuerdan.

Recuerdo a sus amigos. He intentado retener las caras de tantos que mostraban su afecto y su respeto, la pena de haberle perdido aquel 17 de febrero. He intentado guardar sus palabras, palabras llenas de dolor y de cariño, palabras verdaderas, sentidas, palabras como amigo, honesto, siempre con nosotros, ... tu padre era único, me decían, era nuestro amigo, no hay nadie como él, cuenta conmigo, él siempre estaba dispuesto...

Recuerdo a sus amigos. Sé cuánto le recuerdan.

En la defensa de la igualdad fue constante, siempre humilde, sin medallas ni banderas. Su forma de ser ha hecho cotidianas innovaciones jurídicas que facilitan el ejercicio de los derechos, lejos de la rutina, las reformas legislativas encontraban pronto aplicación en su despacho, el derecho vivo, con soluciones a cada caso concreto, esa riqueza que tiene su base en la sabiduría, en la inteligencia viva.

La reforma del Código Civil sobre los poderes para el caso de incapacidad fue inmediatamente conocida, y aplicada en Badajoz, en su despacho, en las asociaciones de personas con discapacidad y sus familias, difundida a través del Colegio de Abogados. Es un simple ejemplo.

Como también lo es la instauración del Turno de oficio para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en el Colegio de abogados de Badajoz, e inmediatamente en el de Cáceres, siendo Extremadura pionera en este servicio de tanta importancia.

Defendió los derechos de las personas con discapacidad con coraje. Hizo posible la justicia para muchos.

En nuestra memoria, la de quienes compartimos su esfuerzo, queda el recuerdo del respeto de todos, que es lo que lo hizo posible. Como tantas cosas que promovió y llevó a cabo, que compartía, como si quisiera que no se viera, pero que todos sabían y que eran posibles por su presencia.

Este es un libro en su memoria. Entre líneas se dibuja su cara, los rasgos de sus manos, entre líneas surge generosidad, honestidad, humildad, inteligencia. Compromiso con los demás que es lo que él enseñaba de una forma sencilla, sincera.

Este es un libro para su recuerdo, desde su presencia viva en su nieto, Jose, en su familia, en sus amigos, que escriben hoy en su memoria, que recogen en las voces de muchos las mismas palabras, palabras que le identifican, que le recuerdan: Compromiso, generosidad, honestidad, humildad, inteligencia. Muchas otras pueden añadirse. Alegría, sencillez, cercanía. Semillas que él sembró casi sin darnos cuenta.

Mi abuelo Pepe

José Ángel Soto Pérez-Cortés

Mi abuelo Pepe, nacido el 24 de abril de 1933 y fallecido el 17 de febrero de 2011, era no solo querido por sus hijos y sus nietos sino por casi toda España.

Mi abuelo era muy aficionado al fútbol, él era del Atlético de Aviación, el actual Atlético del Madrid, yo era el único de nuestra familia en seguir esa tradición, siempre que había un partido del Atleti, él llamaba y me lo decía, y al día siguiente siempre comentábamos el partido, él siempre llevaba una insignia, la cual le regaló un amigo, Antonio Briones, la insignia es del Atlético de Aviación, ahora hay muy pocas de ellas, su insignia la tengo yo ahora.

La final del mundial de Sudáfrica 2010, la vimos toda la familia de mi padre, juntos, al acabar el partido, cuando ganó España, el me dijo: «*Jose, disfruta de esto porque posiblemente no lo vuelvas a ver en tu vida*».

Aparte de ser muy aficionado al fútbol, a él le gustaba mucho la playa y el campo. Una vez en su campo de Portugal, íbamos mi abuelo, mi abuela, mi padre, mi hermano y yo, ya de vuelta para casa cuando salió un pájaro de un arroyo que hay allí en la finca, mi padre lo vio y bajamos mi abuelo, mi padre y yo, nos encontramos un nido con 8 huevos, nosotros cogimos 5 de ellos para incubarlos ya que tenemos una incubadora, mi padre decía que le había parecido un pato, mi abuelo dijo que era muy posible por el tamaño y color, y efectivamente a los 25 días nos salieron 5 Patos reales, lo que nos dejó impresionados es que salieran todos y que fueran Patos reales, una de las especies más bonitas de Patos.

Mi abuelo, junto con mi abuela, venían todos los domingos a vernos al campo.

A mi abuelo le gustaban mucho las plantas, tanto que, una vez un domingo en el campo, paseando mi abuelo, mi padre y yo, vimos un arbusto. Mi padre le dijo a mi abuelo que lo tenía que cortar porque no pintaba nada un arbusto en medio del

camino, mi abuelo le dijo que no era un arbusto, era un granado. Mi padre insistía en que no, pero al final lo dejo y así es, este año está dando granadas.

A él, a pesar de ser un anciano, le gustaba mucho la música, y la canción que siempre escuchaba en su coche era el himno del Atleti cantado por Sabina, aparte de esa, escuchaba todo tipo de música.

Mi abuelo era conocido por todo Badajoz, cada vez que íbamos por la calle, siempre le saludaban y le decían: «*Hombre Don José, que tal está usted*», eso es lo que le preguntaba siempre todo el mundo, él siempre le decía que estaba muy bien, aunque él estuviese mal en el fondo. Él siempre parecía contento y que estaba muy bien, hasta el último día lo aparentó.

El sábado día 12 de febrero, día de su 49 aniversario de boda, estuvimos toda la familia comiendo con ellos, él a 5 días de su muerte parecía estar muy bien, pero cuando él y yo estuvimos solos en el salón, yo le dije: «*A ver si llegáis a las bodas de oro*», a lo que él me contestó: «*No creo que lleguemos*», yo no pensé nada en ese momento, pero cuando murió el jueves, pensé en lo que me dijo, y yo creo que él ya sabía lo que le iba a pasar.

Mi abuelo Pepe, fue una gran persona, querido por todo el mundo, muchísimas personas sintieron mucho su muerte, y todavía hoy siguen llamando para darnos el pésame porque no se habían enterado.

PRIMERA PARTE
Derecho y discapacidad

Capítulo I

DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SOLIDARIDAD

Carlos Álvarez Jiménez

Vicepresidente de la Fundación Derecho y Discapacidad

Presidente del Instituto de Prevención, Salud y Medio Ambiente de FUNDACIÓN MAPFRE

1. INTRODUCCIÓN

Habida cuenta de que en esta obra colectiva participan prestigiosos juristas que han realizado trabajos —brillantes— sobre la forma en la que el derecho positivo puede y debe regular los diferentes aspectos que afectan a las personas con discapacidad, he optado por enfocar mi aportación desde la perspectiva que me resulta más próxima: dignidad de la persona y solidaridad. Son términos vinculados a la esencia del ser humano y, en consecuencia, de profundo sentido humanista y social, acerca de lo que reflexionaba José Soto García-Camacho, quien es un referente para cuantos nos aproximamos a la problemática de la discapacidad.

Mi experiencia, fruto del contacto durante más de 40 años con personas con discapacidad, la profundización sobre la esencia de la persona, el análisis de los riesgos que afectan a su integridad, la atención a las consecuencias de accidentes y enfermedades, y toda una vida vinculada a entidades solidarias, me han permitido formar criterios sobre esos temas (en algunos casos posiblemente no acertados) cuya exposición confío pueda contribuir a reflexionar sobre los mismos.

Como afirmación de partida considero necesario insistir en algo no cuestionado, pero lamentablemente no siempre aplicado: la ley natural y el derecho natural fundamentan a la dignidad de la persona, con discapacidad o sin ella, de la que se derivan sus derechos inalienables, entre otros: derecho a la vida, libertad, igualdad, no discriminación y atención de sus necesidades sociales básicas (subsistencia, educación, sanidad y trabajo).

Esta afirmación no supone desconocer que los derechos implícitos en la «dignidad de la persona» y consustanciales con su naturaleza, han evolucionado en su aplicación en el tiempo y en el espacio (hoy existen culturas y legislaciones que admiten conductas que otras rechazan). Con la finalidad de acotar mi análisis lo haré desde los valores de la civilización en la que he nacido y me he desarrollado: la cultura greco-romana y el pensamiento judeo-cristiano.

2. DIGNIDAD DE LA PERSONA

Parto de una concepción profundamente humanista y antropocentrista. Ello representa sublimar el valor de la persona, frente a otras posiciones que la minusvaloran (teórica o prácticamente) al poner énfasis en instituciones o sistemas que pasan a ocupar el centro de la sociedad desplazando a la persona, algo que perjudica a todos y, más aún, a quienes no cuentan con todas las facultades físicas, psíquicas y sensoriales.

No podemos desconocer que hoy nos encontramos inmersos en una tecnoestructura integrada por el Estado (representa el poder político), el mercado (gestor de la riqueza) y los medios de comunicación (ejercen influencia), que condicionan el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Paradójicamente, el capitalismo (propicia la libertad) y el socialismo (defensor de la solidaridad) confluyen en un materialismo que busca el beneficio y el bienestar material, pero carente de una dimensión ética que defienda aquello que es bueno para las personas y no para el sistema. Se ha caído en un economicismo que trata a las personas como medio y no como fin, negándoles lo «suyo» (un trato justo).

En este contexto, el contenido de las declaraciones de los Derechos Universales, las distintas Constituciones y los preceptos del derecho positivo no son suficientes para lograr un entorno social en el que las personas sin discapacidad, y en mayor grado quienes sí la tienen, disfruten de cuantos derechos se derivan de su dignidad.

La legislación no puede resolver en la práctica todos los problemas de las personas con discapacidad y menos aún los relacionados con su auténtica integración social, que depende de los valores dominantes en la sociedad en la que desarrollan su vida. Por ello hemos de contribuir a potenciar el humanismo (que devuelva a la persona su posición preeminente) y la solidaridad (más avanzada que la justicia, por cuanto supone dar a los demás algo de lo nuestro). Paralelamente debemos propiciar que la actuación de las personas esté presidida por la ética, que inspire su conducta

en relación con los demás a partir de unos principios orientados al bien común, la mutua ayuda y el diálogo. La esencia de la persona radica en principios permanentes y comunes a todos y alcanza su plenitud al relacionarse con los demás.

Al reconocer la dignidad de la persona se le permite disfrutar de los derechos universales e inviolables que emanan de la ley natural. Sin esta base difícilmente logrará la legislación sus, en principio, laudables objetivos en relación con la regulación de la discapacidad.

Vivimos inmersos en una crisis de valores que ha diluido las referencias éticas y que llega incluso a minusvalorar el «ser» e idolatrar el «tener». Para invertir la tendencia hay que revalorizar la persona de forma que logre su felicidad (la «eudaimonía» en expresión de Aristóteles, para quien su fin último es la felicidad). Pero para conseguirlo debemos saber a dónde queremos ir. A veces el ser humano se mueve por impulsos irracionales porque le desorienta vivir en una sociedad configurada más en función de la economía que de la persona, en la que los temas que preocupan a los responsables de la «res publica» son ajenos a los valores esenciales. Por ello hay que situar a la persona en el lugar que le corresponde, en el centro de la sociedad, y el Estado debe garantizar su dignidad y vida moral. De no ser así, se le minusvalora, resultando especialmente perjudicados los más vulnerables: los que tiene alguna discapacidad y los excluidos.

El punto de partida es el fortalecimiento de los valores que orientan las relaciones humanas solidarias y el configurar un marco jurídico basado en los mismos que aporte seguridad mediante preceptos respetuosos con los derechos fundamentales. Nos encontramos en un mundo en el que han emergido las utopías de la «verdad» (soportada en los avances científicos) y la del «bienestar» (vinculada a la economía). Y eso eclipsa a la persona que pierde así su posición de centro del sistema. Ante esta situación la normativa debe asumir los derechos inalienables que, por ser anteriores al legislador, deben ser reconocidos e incorporados a las leyes, dado que no son una concesión del poder.

El respeto de la dignidad de la persona conlleva sensibilizarla, bien por la formación o por la regulación normativa, sobre la autoprotección de su integridad física y psíquica. Muchas situaciones de discapacidad que hoy atendemos podrían haberse evitado. Esto siempre fue así pero hoy día, con los avances científicos y tecnológicos, se han multiplicado las posibilidades de evitar daños a la salud por accidente o enfermedad. Si analizamos las causas de muchas discapacidades, vemos que tienen su origen en accidentes laborales, de tráfico, en el ocio, en el hogar, etc.; y lo mismo ocurre con enfermedades cardiovasculares, cerebrales y circulatorias que son consecuencia de hábitos de vida no saludables; si atendemos a las de carácter

psíquico, podemos encontrar su origen en entornos agresivos, drogadicciones, desequilibrios emocionales, etc.

¿Qué podemos hacer para proteger nuestra integridad? Una respuesta precipitada sería la de reclamar una legislación que ordene la conducta de los ciudadanos. De hecho existe en muchos campos, pero hemos de evitar el exceso de prohibiciones y controles a fin de no regular campos de la autonomía personal. Por ello debemos propiciar en toda la sociedad (familia, sistema educativo, empresas, administraciones públicas, entidades sin ánimo de lucro, etc.) el que contribuya activamente a que las personas se respeten a sí mismas como paso previo al respeto a los demás. Otra razón es que si las normas no «conectan» con los valores dominantes, son violadas sistemáticamente (el incremento de la violencia entre personas de diferente sexo es paralelo a la profusión de normativa al respecto, ya que si no se evita el «desorden en los valores», la legislación es insuficiente y, lo que es peor, engañosa por cuanto se piensa que se ha hecho algo, cuando en realidad es sólo un espejismo).

La sociedad en que vivimos (en la que la crisis económica eclipsa otras situaciones), sufre una crisis profunda de carácter antropológico y ontológico, por lo que muchas personas han perdido sus referencias y no encuentran su razón de ser, lo que lleva a no respetar a los demás y a actuaciones lesivas para la propia salud que a veces generan discapacidades. Quienes desde hace años hemos manifestado nuestra preocupación a este respecto, no nos han sorprendido determinadas situaciones que algunos líderes políticos atribuyen (acertadamente) a una pérdida de valores que, por otra parte, ellos no se ocuparon de proteger en las últimas décadas. Cuanto está ocurriendo era tan previsible como determinados ictus cerebrales o infartos de miocardio en personas con numerosos factores de riesgo (tabaquismo, alcoholismo, obesidad, sedentarismo, hipertensión, glucemia o colesterolemia).

Al tiempo que observamos con admiración el que se eviten discapacidades gracias a intervenciones quirúrgicas realizadas al feto en el útero materno, deberíamos rebelarnos frente al hecho de que se produzcan discapacidades por falta de responsabilidad (de la persona y del entorno social). Ello, en parte, tiene su causa en que la sanidad ha prestado atención preferente a la medicina curativa, antes que a la preventiva. Corresponde a la sociedad informar de los factores de riesgo, haciéndolo de una forma ordenada e integral, por cuanto se fracasará si se desconoce que la persona es soma (cuerpo) y psique (espíritu) y que las conductas solo son ordenadas si tienen fundamentos sólidos y toman en consideración toda la vida de la persona. El libro de la naturaleza es uno e indivisible en lo que concierne a la vida y a las relaciones sociales. No se pueden propiciar unos valores y conculcar otros, puesto que se envilece así a la persona y se daña a la sociedad.

En definitiva, debemos reivindicar el reconocimiento, defensa y respeto de la dignidad de la persona (fundamento de todos los derechos), pero al mismo tiempo hemos de asumir responsablemente que si no nos respetamos a nosotros mismos (en lo corporal y en lo espiritual) difícilmente podremos exigir que los demás lo hagan. Debemos conocernos mejor (el «Gnôthi seautón» que esculpieron los griegos en el templo de Apolo en Delfos, o el «nosce te ipsum» de los romanos) identificando cuales son nuestros valores y juzgando si son los que configuran una «dignidad» que nos legitima para hacer valer nuestros derechos.

3. SOLIDARIDAD

No es acertado afirmar que la exclusión o inclusión activa se refieren fundamentalmente a las personas con discapacidad, dado que también se genera por razones de raza, color, sexo, idioma, edad, filiación política, posición social, nacimiento, etc. Por ello no se puede dar una respuesta adecuada a la problemática de las personas con discapacidad si no se fomentan la solidaridad integral y la justicia social. Al igual que los derechos fundamentales son inalienables (no se puede renunciar a ellos), inviolables (no se pueden lesionar), obligatorios (deben ser respetados por todos) e indivisibles (si se suprime alguno de ellos se ponen en peligro los demás); otro tanto podríamos decir de la solidaridad: o es integral y se refiere a todo el contexto social (próximo y remoto) de forma que esté fundamentada en valores sólidos y en un reconocimiento de la dignidad de la persona, o se producirán discriminaciones, que solo en parte puede resolver el derecho, que no cambia los sentimientos de la persona, ya que estos emanan de su conciencia fundamentada en los valores que asume. Por ello, la solidaridad ha de orientarse a la promoción del ser humano y al respeto de su dignidad, transformando las situaciones que generan la exclusión, incidiendo en la raíz de los problemas y no limitándose a paliar sus consecuencias.

Cuando me refiero a la solidaridad, pienso en la «voluntaria», por la que damos generosamente algo a lo que no estamos obligados. Junto a ella está la solidaridad «obligatoria» que es la impuesta por las leyes con carácter coercitivo, que sirve (por vía impositiva o aportaciones a la Seguridad Social) para subvenir necesidades colectivas y para redistribuir la riqueza, medidas que nos convierten en solidarios por obligación y no por virtud. La persona es un ser sociable por su propia naturaleza, lo que determina que deba convivir con otras personas; si está movida por actitudes nobles y generosas, la interrelación será pacífica y satisfactoria; si predomina el egoísmo, se producirán tensiones y desequilibrios faltos de humanidad.

La sociedad siempre ha sido consciente de ello, razón por la que, de una u otra forma, ha propiciado sentimientos positivos, dando lugar a que históricamente se hayan acuñado conceptos muy próximos entre sí: filantropía, humanismo, caridad, hermandad, fraternidad, solidaridad, etc. Así el lema de la Revolución Francesa (1791) incluye la «fraternidad»; la Declaración de Derechos Humanos (1791) señala que «todos los seres humanos ... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» y también se refiere a la «familia humana»; el Tratado de Lisboa (2007) indica: «inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa. A partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona...».

No obstante, el derecho positivo no siempre respeta al natural, ni a estas declaraciones. Además, y eso es peor aún, la persona, desde su libertad, en ocasiones no demuestra fraternidad y solidaridad con sus semejantes. Para salvar este escollo debemos propiciar un entorno solidario en el que pueda desarrollarse todo cuanto lleva implícito la dignidad de la persona. Una mirada a nuestro entorno (próximo y remoto) nos permite constatar que junto a muestras de gran generosidad, hay situaciones en las que es patente la falta de solidaridad y respeto con las personas y con la naturaleza, lo que se convierte en un freno para muchas políticas sociales.

Posiblemente pensamos que acatando todas las obligaciones legales (económicas y de otra naturaleza) ya hemos cumplido, cuando tal posición es claramente insuficiente para resolver los problemas sociales. Conviene señalar que no es bueno que el Estado asuma (como en ocasiones se le demanda y a veces hace) responsabilidades que debe dejar, en aras del respeto al principio de subsidiariedad, a la ciudadanía. Una prueba de ello es la recaudación vía impositiva de cantidades que luego distribuye en forma de subvenciones a entidades promovidas por ciudadanos. Parecería más lógico y generaría más responsabilidad establecer exenciones tributarias que propicien el que las personas apoyen y se comprometan con aquellas entidades que desarrollan una labor solidaria. También se fomentaría la solidaridad revisando la normativa aplicable a las fundaciones, que por ser entidades cuyo objetivo es la consecución del interés general, son el mejor cauce para la generosidad.

Esto es un ejemplo de cómo los poderes públicos pueden incentivar la solidaridad, lo que contribuiría a mejorar las relaciones sociales y a resolver muchas necesidades. Bien es cierto que quienes asumen responsabilidades deberían previamente actuar de manera ejemplar e impulsar una educación en valores fundamentales que promuevan actitudes solidarias.

El entorno no es propicio por cuanto predomina un relativismo nihilista que conduce al individualismo y cuestiona determinados derechos. Ello exige que se organice la

sociedad en función de un humanismo que haga posible el desarrollo solidario de la persona que, según Sócrates, alcanza su plenitud al relacionarse con los demás. No se trata de inventar nada, sino de recuperar valores. A este respecto es difícil aportar algo nuevo, ya que todo se ha dicho. Lo original es volver a las raíces.

¿Qué podemos hacer cada uno de nosotros? En primer lugar asumir el compromiso de no hacer lo de siempre. Tenemos que fomentar la solidaridad que incentive actitudes generosas que hagan posible que se reconozca la dignidad de la persona y a partir de ahí contribuir a unas relaciones sociales en las que las personas puedan desarrollar un proyecto de vida integral, tengan o no alguna discapacidad.

Esto no es una utopía, aunque no puede alcanzarse individualmente por lo que son necesarias las entidades intermedias. En primer lugar, está la familia, célula básica de la sociedad que además de ser portadora de valores y tradiciones, contribuye a la estabilidad social. También están las fundaciones y asociaciones, cuyo número es creciente y que por estar movidas por la conciencia y el compromiso personal y no por obligaciones, han sido un instrumento decisivo en muchos logros sociales. ¿Podríamos imaginarnos como sería el mundo de la discapacidad si no hubieran existido miles de entidades que, inspiradas por la generosidad y el deseo de dar respuesta a los complejos problemas de las personas con discapacidad, han luchado desde hace años para avanzar en la búsqueda de soluciones? Los logros conseguidos son importantes e impensables hace más de setenta años cuando se creó la ONCE, que ha sido y es un ejemplo en España y otros países de lo que puede hacerse para la integración social de personas con discapacidad. Si hoy contamos con un derecho positivo regulador de la misma, que merece una aceptable calificación, es porque la sociedad civil organizada ha luchado y sigue luchando para mejorarlo.

Recupero mi planteamiento inicial de que el progreso en la no discriminación es integral y hay que plantearlo desde los cimientos de la sociedad: fortaleciendo el reconocimiento de la dignidad de la persona y fomentando los sentimientos de solidaridad que todos tenemos, aunque no siempre suficientemente desarrollados. En este sentido podemos y debemos avanzar, primero con una visión global del tema y luego centrando nuestros esfuerzos en donde por proximidad con las necesidades o sensibilidad personal, entendamos que podemos llevar a cabo una labor más fecunda para la sociedad y también más satisfactoria para cada uno de nosotros.

En todo caso debemos ser especialmente sensibles con quienes más necesitan nuestra solidaridad: las personas con discapacidad y excluidas por cualquier motivo. Debemos apoyar su inclusión y el que disfruten de igualdad de oportunidades, lo que en ocasiones requiere de una discriminación positiva que contribuya a su integración

social y a su autonomía, que exige eliminar no solo barreras físicas, sino también mentales y sociales.

Los innumerables ejemplos de generosidad, no pueden impedirnos ver que todavía nos queda mucho camino por recorrer. En primer lugar debemos ser solidarios de forma permanente, dado que si bien es cierto que los españoles en el supuesto de desastres, nos movilizamos y demostramos una generosidad ejemplar, no ocurre lo mismo cuando se trata de defender principios u objetivos que exigen un esfuerzo constante, y además actuar a través de entidades organizadas en las que podemos llevar a cabo una labor apasionante.

Por otra parte, si examinamos el ámbito en que actúan las entidades solidarias, comprobaremos que dedican sus esfuerzos mayoritariamente a luchar contra todos los problemas existentes (pobreza, marginación, enfermedad, exclusión, discapacidad, etc.), algo absolutamente necesario; pero tienen menos protagonismo en lo referente a evitar las causas de dichos problemas (probablemente porque los poderes públicos no lo facilitan); en este sentido deberíamos reflexionar con el objetivo de incrementar nuestro campo de acción. Otra área en la que hemos de avanzar es la unión de esfuerzos, fundamentalmente cuando se actúa en sectores similares o idénticos. Como en todas las actividades, una correcta estrategia, el aprovechamiento de sinergias, la coordinación de esfuerzos, etc. es esencial para progresar. Prueba de ello es lo conseguido en el campo de la discapacidad por el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), pero todavía en este sector y en los demás, quedan etapas por cubrir. A veces he puesto de manifiesto la situación paradójica de que las entidades solidarias (fundaciones y asociaciones) no colaboran y unen esfuerzos todo lo que debieran con instituciones que persiguen fines similares.

A partir de las experiencias vividas, soy optimista en relación con el hecho de que los ciudadanos podemos contribuir a hacer realidad los derechos fundamentales antes referidos. Pero eso requiere potenciar valores para contar con una base sólida sobre la que trabajar. La historia demuestra que hay muchas razones por las que merece la pena luchar y comprometerse, más aún cuando el Estado no puede dar respuesta a todas las demandas sociales. La sociedad civil es el ámbito más adecuado para la economía de la gratuidad (ofrecer algo a cambio de nada) y para conseguir una sociedad más justa en la que se reconozca la dignidad de la persona. Los logros estarán en función del porcentaje de ciudadanos que incorporen la solidaridad a sus prioridades. Para ello muchos deben despertar del letargo, el conformismo y la desmotivación, comprometiéndose con el humanismo, la ética y la solidaridad, que deben ser universales. Para unir voluntades es más fácil hablar de «problemas comunes» que de «intereses individuales». El siguiente paso es hacernos algunas

preguntas: ¿Qué puedo hacer como individuo? ¿Con quién me tengo que unir para ser más eficaz en el logro de objetivos comunes? ¿En qué ámbitos deseo actuar?

El gran reto de nuestra sociedad civil es fortalecerse y articularse, ya que de ello depende nuestro bienestar, en especial el de las personas en situación de exclusión.

Juntos podemos conseguir muchas cosas. Con menos medios se han logrado grandes retos; si somos más, estamos unidos, tenemos un ideal y luchamos por conseguirlo, lo alcanzaremos ya que hay muchas personas con buena voluntad. Esto no es heroico, ya que personal y colectivamente viviremos mejor y seremos más felices si potenciamos los valores en torno a un proyecto común, basado en aquello que nos une y no en lo que nos separa. Si esto se logra, transformaremos la sociedad.

Capítulo II

LA LIBRE ELECCIÓN COMO PARTE DE LA DIGNIDAD, AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU RECONOCIMIENTO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU REFLEJO EN LA LEY 39/2006

Luis Cayo Pérez Bueno

Presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)
Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad

1. LA LIBERTAD DE OPCIÓN EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.1. Consideración de partida

La libertad de las personas con discapacidad de elección, de opción de tomar las propias decisiones, valgan todas estas expresiones, constituye un aspecto esencial de la libertad e independencia que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 reconoce a estas personas. En el propio preámbulo de este texto jurídico internacional del sistema de Naciones Unidas, como consideración de partida, en concreto en la letra n), ya se le concede esa relevancia inaugural, de basamento de todo lo que vendrá después, al reconocer los Estados miembro «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones». En el texto articulado del Tratado, se reitera la capital entidad de la libertad de tomar las propias decisiones al erigirse la misma en uno de los principios generales de la Convención, situado sintomáticamente en el primer lugar de una relación cerrada enunciada en el artículo 3 del texto.

La libertad de tomar las propias decisiones forma parte del núcleo de cuestiones ligadas inextricablemente al «respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual (...) y la independencia de las personas», base de todo el sistema de derechos humanos de la comunidad internacional y de los Estados, pero que, para las personas con discapacidad, el legislador internacional ha deseado enfatizar particularmente, toda vez que una de las comprobaciones más desoladoras, a escala mundial, de la situación de precariedad de derechos de estas personas, que ha inducido a adoptar una convención específica de promoción y protección, más allá de los tratados genéricos de derechos humanos predicables de todos los seres humanos, es que las personas con discapacidad no han sido consideradas individuos libres e independientes, capaces y aptos para decidir por sí mismas en todo lo referido al libre desarrollo de su personalidad y a su estilo de vida. Es más, ha sido y sigue siendo práctica generalizada en todas las sociedades el no reconocimiento o el debilitamiento de esa libertad hasta llegar incluso a la pura y simple anulación, produciéndose la sustitución en la toma de decisiones, por personas o instancias distintas y ajenas al propio sujeto con discapacidad.

Esta privación, en el caso de las personas con discapacidad, de rasgos absolutamente constitutivos del concepto antropológico, filosófico, cultural y jurídico de persona se ha venido dando sin demasiada conciencia de ello, como algo cuasi natural y hasta debido, propio del orden normal de las cosas. Incluso cuando ha habido dudas o vacilaciones sobre su procedencia ética, cuando se ha suscitado algún escrúpulo de que fuera esta una conducta decente, se ha acudido al expediente tranquilizador de que se actuaba movido por el bien de la persona con discapacidad, en su favor y provecho, lo que proporcionaba una coartada justificativa de un modo de hacer que solo ha comenzado a quebrarse cuando las propias personas con discapacidad, a través de su propia toma de conciencia, han salido de la zona de sombra en las que tanto tiempo han estado forzosamente instaladas.

Dada la gravedad de esta vulneración estructural de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad que en esencia arranca del convencimiento presente a lo largo de la Historia de que no son personas plenas, con los atributos inherentes a esta condición como son la dignidad, la autonomía y la independencia, la Convención en su mismo frontispicio busca contrarrestar este estado de cosas, proclamando solemnemente el estatuto de persona de la persona con discapacidad, una redundancia absolutamente necesaria cuando lo más elemental y evidente ha estado y está en entredicho.

1.2. El derecho de la persona con discapacidad a ser incluido en la comunidad y a llevar una vida independiente

Como señalan PALACIOS y BARIFFI (2007) «los principios de dignidad, autonomía e independencia, deberían ser el eje a partir del cual la Convención ha de ser interpretada y aplicada. Se plasma en cada uno de los derechos que la Convención recoge, pero puede verse especialmente reflejado en el artículo 19, que regula el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad»¹.

En efecto, el artículo 19 de la Convención es el que de modo más intenso plasme las consecuencias jurídicas en la vida cotidiana de las personas con discapacidad de los principios examinados con anterioridad. Por su interés para este análisis, se transcribe literalmente el precepto:

«Artículo 19. *Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.*

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta.
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

¹ PALACIOS, A. y BARIFFI, F.: *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos. Una Aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI/Ediciones Cinca, 2007.

Como se puede apreciar, este artículo tiene un doble objeto; de una parte, establece sin ambages el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, proclamación de derecho que obedece a la comprobación de que por motivos precisamente de discapacidad ha sido usual que estas personas se hayan visto apartadas del curso ordinario de la vida social, siendo obligadas o inducidas a regímenes de vida específicos y segregados, al margen de la corriente general de la comunidad de la que deberían ser partícipes plenos. De otro, formula el derecho a vivir de forma independiente², es decir, a que la persona con discapacidad esté en condiciones de traducir a su vida práctica, gobernándola por entero, los principios de autonomía e independencia, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Este segundo objeto del artículo 19 de la Convención es el más relevante desde el punto de vista de la libertad de elección de las personas con discapacidad, aunque está íntimamente ligado al derecho a ser incluido en la comunidad, la primera vertiente del mismo.

El mandato genérico de toda la Convención de hacer efectiva la libertad de elección, lo concreta este artículo 19 en planos de especial trascendencia como el que tiene que ver con las decisiones de dónde, cómo y con quién vivir. A la persona con discapacidad se le reconoce expresamente el tener la oportunidad de «elegir su lugar de residencia», con todo lo que esto comporta, prohibiendo que por razón de discapacidad se imponga a la persona «un sistema de vida específico».

Esta precisión del Tratado respecto de la libertad de elección de la residencia, aspecto esencial de la vida cotidiana de las personas, parte del hecho de que la situación de discapacidad ha sido determinante para que haya obligado a las personas con discapacidad a sufrir modos de vida impuestos por otros (familias, instituciones públicas, etc.), no deseados por el propio individuo, concebidos para personas con discapacidad, separados de la vida en comunidad. Sin duda, la libertad de elección se extiende a todos los ámbitos de la persona y de su vida, de sus derechos e intereses, pero la Convención lo formula con detalle respecto de la residencia, por la intensidad de afección que esta tiene para la vida de cualquiera y por los indeseables antecedentes que en relación con las personas con discapacidad se han apuntado.

² El ordenamiento jurídico español, antes de la Convención, ya había conceptualizado legalmente la vida independiente, definiéndola como «la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad», según se refleja en el artículo 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El Tratado internacional no solo garantiza la libertad de elección, sino que para no se quede en algo puramente nominal, establece la obligación de que esta pueda ser «practicada», traducida en hechos por medio de la existencia de una variedad de apoyos y recursos a disposición de la persona con discapacidad, que ella misma, dentro de lo razonable, pueda configurar según sus preferencias y criterios. La persona ha de poder elegir y para ello, como condición necesaria, ha de tener de entre qué elegir, de modo que no se frustre su libertad de tomar decisiones sobre su propia existencia.

El alcance del artículo 19 en cuanto precepto que operativiza en todos los órdenes de la vida de la persona con discapacidad el reconocimiento genérico de la autonomía e independencia es innegable, y se proyecta —o debería proyectarse— con vigor sobre todos los sistemas legales de promoción y protección de derechos erigidos por los Estados partes del Tratado internacional, como es el caso de España para lo relativo a la autonomía personal y la atención a las situaciones de dependencia. Que de verdad se proyecte esa energía, es otra cuestión, que se verá más adelante.

2. LA LIBERTAD DE OPCIÓN EN LA LEY 39/2006

2.1. Aspectos más relevantes

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, no establece expresamente la libertad de opción de las personas acogidas a los derechos a los servicios y prestaciones contenidos en la misma. Esta ausencia puede considerarse indicativa de la entidad que este cuerpo normativo concede a este elemento. Es cierto que si bien no hay mención explícita, tácitamente sí cabe entender que esta institución tiene acogida en la Ley, de modo disperso y atenuado. Se impone efectuar una lectura precisa y atenta para dar con estos indicios de reconocimiento de la libertad de elección.

Así, en el artículo 2, dedicado a definir las nociones legales de determinados conceptos que el Legislador considera basilares de la nueva arquitectura de protección social, se enuncia qué se entiende por autonomía («la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria»). En esta definición auténtica hay una referencia clara a que la autonomía pasa por la capacidad de tomar decisiones sobre uno mismo para vivir con arreglo a las normas y preferencias personales.

Ni que decir tiene, la autonomía presupone la facultad de la persona que la ejerce de adoptar decisiones sobre su derrotero existencial para que el mismo responda

a su sistema de valores y normas, y a sus preferencias. Esta posibilidad de forjar y dirigir la vida para acercarla a sus deseos y apetencias comporta ineludiblemente la libertad de opción, la posibilidad de elegir y la de tener entre qué elegir, para quedarse con lo deseable o conveniente, y descartar aquello que no satisface o lo hace en menor medida.

Habría que pasar al artículo 3 de la norma legal, consagrado a enunciar los principios informadores de la misma, para hallar elementos que guarden conexión con la libertad de opción, aunque de forma mediata. En este sentido, en la letra h) de este numeral, se dispone que uno de estos principios es el consistente en que «la promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible». Como se consignó más arriba, este horizonte de la máxima autonomía posible comporta la libertad de elección de la persona, que subyace implícita en la capacidad de tomar las propias decisiones y acomodar la peripecia vital a las mismas.

En este mismo artículo 3, se halla otro principio inspirador de la Ley, el k), que refuerza, bien que harto genéricamente, la posición activa de las personas beneficiarias en todo lo relativo a la Ley, sus derechos, servicios, prestaciones, dispositivos y procesos. Se trata de favorecer la participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen, siempre dentro de los términos previstos en la norma. Esta posición participativa de la persona en toda esta trama hay que interpretarla en el sentido de que no puede ser relegada a una situación pasiva, de mera receptora de las decisiones de otras instancias distintas a sí misma, sino que ha de formar parte de la decisión, tanto en la esfera individual, como en la colectiva, a través, en este último supuesto, de las entidades representativas en las que se integre. Pocos asideros más en pro de la libertad de opción, lo que revela el descuido del Legislador de cuestión tan notable, pueden encontrarse en este artículo 3. Hay que continuar la búsqueda a lo largo del texto de la Ley para, no sin esfuerzo, toparse con elementos que abonen la libre elección.

Así, en el artículo 4, dedicado a los derechos y obligaciones que la Ley reconoce e impone, respectivamente, a las personas en situación de dependencia, hay otras apoyaturas en beneficio de la libertad de opción, que se examinan seguidamente. Por de pronto, la letra e) de este artículo 4 establece el derecho de la persona a «participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación», que es la traslación en el plano de los derechos del principio informador de la participación, visto con anterioridad, por lo que vale lo dicho allí.

Acaso el pronunciamiento más categórico sobre la libertad de elección contenido en la Ley que, a no dudar, debe ser saludado como valioso es el formulado en la letra g) del artículo 4, que reconoce el derecho de la persona en situación de dependencia «a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial». Aquí queda consagrada con el realce y la solemnidad necesarios, que hubiera sido deseable haber extendido a todo tipo de servicios y prestaciones y no solo a uno, por más significativo que sea, la libre opción en lo referido al ingreso en centro residencial. Toda vez que el servicio residencial es tal vez el más intenso de todos los posibles en cuanto a la afectación del modo de vida de la persona —no en vano se trata ni más ni menos que de la sustancia de la forma de vida, decidir dónde se desarrolla la existencia, cómo y con quién o quiénes— el Legislador con sumo acierto ha sido terminante y explícito en el resguardo de la libertad de elección, para que no queden dudas de ninguna clase. Una decisión de tanta significación y alcance ha de residir en la propia persona, que con plena libertad ha de elegir lo que satisfaga sus preferencias.

En el elenco de derechos del artículo 4 hay otros que pudiera parecer que guardan alguna conexión con esta materia de la libre elección, como los enunciados en las letras f) («A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno»); h) («Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio» e i) «Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales»), pero en realidad su incidencia es muy lateral en lo que al objeto nuclear de este artículo se refiere. Más que sobre la libertad de opción, repercuten más sobre la capacidad jurídica y las restricciones o mermas que esta puede experimentar por mor de la situación de dependencia. Pero los aspectos de capacidad jurídica³, de igual capacidad ante la Ley, sin admisión de enervación o debilitamiento alguno conectado con la discapacidad, entroncan con otro artículo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 12 en concreto, y merece otro debate igual o más sugestivo que el suscitado por el artículo 19, que es el que aquí examinamos.

Finalmente, en este mismo artículo 4, en su letra a), que reconoce a las personas en situación de dependencia el disfrute «de los derechos humanos y libertades

³ Para la cuestión de la igual capacidad ante la Ley de las personas con discapacidad derivada del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, véase PÉREZ BUENO, Luis Cayo: «La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones», en PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa Berra*, CERMI/ Ediciones Cinca, 2010.

fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad», se ofrece otro respaldo a la vigencia y exigibilidad de la libre opción en tanto que esta está integrada y dimana de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado internacional de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, firmado y ratificado por el Reino de España, por lo que, con arreglo al artículo 10,2 de la Constitución española, ha de influir en la interpretación que se efectúe de las disposiciones legales.

No mucho más —a salvo claro está de lo incluido en el artículo 29, que se verá más adelante— hay en el texto de la Ley 39/2006 que resulte relevante para el asunto de la libre opción, por lo que concluye en este punto el examen de los aspectos más relevantes de la precitada norma legal.

2.2. Grado de correspondencia entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre

Si a propósito de la regulación de la libertad de elección se confrontan la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de un lado, y la Ley 39/2006, de otro, se comprobará una divergencia de consideraciones y enfoques entre ambos cuerpos normativos. Mientras el Tratado internacional, congruente con el modelo social de la discapacidad⁴ que plasma jurídicamente, la tiene en cuenta como un elemento sumamente importante, reconociéndola en un artículo, el 19, dedicado a establecer el derecho a ser incluido en la comunidad y a llevar una vida independiente, la norma legal española sin ignorarla por completo, no le concede la entidad que debería revestir, limitándose a recogerla fragmentariamente o a sobrentenderla sin enunciarla explícitamente.

Puede afirmarse que en esta como en otras materias más hay una separación notable entre estos conjuntos normativos⁵, llamados, empero, a coexistir en aplica-

⁴ El análisis más certero en español sobre los orígenes, contenidos y alcance del llamado modelo social de la discapacidad se halla en la monografía de PALACIOS, Agustina (2008), a la que nos remitimos.

⁵ Para hacerse una idea cabal de las discrepancias de modelo, concepto y enfoque entre el Tratado internacional y la Ley 39/2006, resulta de utilidad consultar las conclusiones de la Jornada «La Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD) como marco de referencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)», organizada por el CERMI el 15 de octubre de 2009 en la sede central del IMSERSO en Madrid, y que por su interés se reproducen como Anexo a este artículo.

ción y vigencia en un mismo ordenamiento jurídico, el español. No existe, por ende, la correspondencia que cabría esperar entre una norma internacional, dimanante de un tratado del sistema de Naciones Unidas, incorporado válidamente al Derecho español, y una ley nacional interna, preexistente, que en virtud de sistema de recepción de disposiciones jurídicas internacionales establecido por la Constitución española, prevalece (el tratado internacional) al ser considerado y constituir norma de rango superior.

A pesar de los llamamientos efectuados desde la doctrina y determinados movimientos sociales, como el de la discapacidad, este necesario ajuste no se ha producido, persistiendo un conflicto normativo que tendría que ser encarado lo antes posible⁶. El reciente y parcial intento de adaptar el ordenamiento jurídico español al Tratado internacional, materializado en la Ley 26/2001, de 1 de agosto, ha eludido esta candente cuestión, no entrando en absoluto a modificar la Ley 39/2006. Dado que tampoco se ha acometido la revisión que a los tres años de su entrada en vigor, según los propios términos de la norma, en el numeral tercero de su disposición final primera, debía haberse llevado a cabo, no ha habido ocasión propicia para dar este anhelado paso.

2.3. Juicio crítico

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el último tratado internacional de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, era adoptada por la Asamblea General de esta organización supranacional el 13 de diciembre de 2006. La Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia fue promulgada un día más tarde, el 14 de diciembre, y esa data figura en su nomenclatura oficial.

A despecho de que ambos cuerpos normativos solo estaban separados temporalmente hablando por un día su distancia, conceptual y de modelo, puede conside-

⁶ Una razón más para acelerar la revisión de la Ley 39/2006 a la luz de la Convención Internacional la constituye las recomendaciones al Reino de España del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas que, tras el examen que sometió a nuestro país, del 19 al 23 de septiembre de 2011, respecto de la aplicación del tratado internacional en sus dos primeros años de vigencia (2008-2010), ha hallado elementos conflictivos en la Ley 39/2006, contrarios a la Convención, que ha instado a España a resolver mediante cambios legislativos. Véase el documento «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España», disponible en línea: www.convenciondiscapacidad.es/Noticias_new/Examen.doc.

rarse inmensa. Mientras el tratado internacional trasladaba al ordenamiento jurídico internacional el nuevo enfoque sobre la discapacidad, ligado inextricablemente a los derechos humanos, harto exigente y con vocación eminentemente transformadora, la norma nacional parece abreviar en visiones más adocenadas, tradicionales y resignadas de esta realidad, justamente las que la Convención pretende superar y dejar preteridas por siempre.

El legislador español, pese a saber que el tratado internacional de la discapacidad estaba gestándose coetáneamente, y que sus derroteros en cuanto a modelo social normativo de discapacidad, serían los que finalmente fueron, con sus más y sus menos, eludió consciente o inconscientemente esta iniciativa en curso, y en su dibujo del futuro dispositivo de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia hizo suyas y confirmó, pese a los avisos y contestaciones que recibió, las ideas recibidas de la discapacidad, las más acomodaticias y ramplonas.

En ese paso cambiado de tiempos, hay que buscar la honda disonancia de modelos de partida que percibe el analista social y jurídico cuando confronta ambos textos normativos. Los promotores de la ley española, no cayeron, o no quisieron caer, imprevisión sorprendente, en que andando no mucho, el tratado internacional terminaría siendo firmado y ratificado por España y que sería incorporado al acervo jurídico español, con rango prevalente a la legislación interna, y que el conflicto con la legalidad interna estaría servido. Fricción que llega hasta hoy, pues no ha sido resuelta, y que engrosa la larga relación, una más, de cuestiones pendientes respecto de la Ley 39/2006⁷.

Ciñendo el examen de este desencuentro a la libre opción de la persona con discapacidad, la discordancia entre el tratado internacional de la discapacidad y la regulación española de autonomía personal y dependencia es notable. Pese a algunos intentos tímidos, más declarativos que efectivos, la Ley 39/2006 no consagra la libre opción de la persona en los términos exigentes requeridos por el artículo 19 de la Convención Internacional, dedicada al derecho a ser incluido en la comunidad y a llevar una vida independiente.

⁷ Esta censurable práctica del Legislador nacional español de preterir la Convención Internacional en su tarea de producción normativa en materia de autonomía personal y atención a la dependencia, ha seguido perpetuándose por los legisladores autonómicos (parlamentos y gobiernos) que con posterioridad a la ley estatal han ido alumbrando nuevas disposiciones normativas de desarrollo para sus respectivos ámbitos territoriales. Un análisis comparativo autonómico en el que se aprecia esta contumaz omisión, puede encontrarse en AUTORES VARIOS: *Análisis de los Desarrollos Normativos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Estudio Comparativo Autonómico*, CERMI/Ediciones Cinca, 2009.

El modelo legal imperante, antes bien, es muy otro o, mejor dicho, es el de siempre en lo que hace a los derechos y las prestaciones de carácter social en la desasistida tradición española, a saber: relación jerarquizada, en la que las posiciones desiguales son inherentes, entre Administración social y administrado/beneficiario, en el que, consecuencia de lo anterior, la participación de éste, sus preferencias, deseos y aspiraciones son apenas relevantes, y en la que prevalecen sin apenas contrabalanceo las decisiones de lo público, frente a la persona, que es, diríase, un mero sujeto pasivo, que recibe las determinaciones de una instancia superior, dominante y resolutoria.

Las restricciones de la Ley 39/2006 a la libre opción de la persona son de naturaleza estructural y particular. Se restringe la libre opción, como es el caso, cuando el catálogo de servicios y prestaciones, establecidos a guisa de recursos o apoyos para resolver o minimizar la necesidad social evidenciada, es escaso, mecánico y rígido. Basta examinar el catálogo de servicios del artículo 15 de la Ley española, para percatarse de su exigüidad en cuanto al número de los mismos y a las dudas acerca de su carácter inclusivo en la comunidad (la institucionalización gravita preponderantemente).

Se constriñe la libre opción, como hace la Ley española, cuando distingue entre servicios y prestaciones económicas, confiriéndoles regímenes de elección y asignación muy distintos, dando prevalencia a los primeros sobre los segundos, a los que se otorga un trato de excepcionalidad en la que la libertad de opción de la persona es poco menos que una quimera.

Se limita la libre opción, asimismo, cuando la determinación de los recursos y apoyos no es el resultado de la interacción de las preferencias manifestadas por la persona, que han de ser el factor decisivo, con las posibilidades, lo más amplias posibles atendidas todo género de circunstancias, que ofrece el medio (el dispositivo público de promoción y protección), mediante un proceso de negociación equilibrado entre partes en posición de igualdad, sino que obedece a una imposición de una instancia superior que a lo sumo tiene la munífica deferencia de consultarle, como si de un favor se tratara.

La lejanía de la legislación española, en este punto de la libre opción, de los mandatos del artículo 19 de la Convención parece ostensible. Cabe preguntarse si la Ley 39/2006 con su arquitectura de prestaciones y servicios y los modos y maneras de acceder a ellas favorecen o no la prohibición taxativa de la Convención de que las personas con discapacidad en ningún supuesto «se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico». La respuesta no es muy alentadora, la verdad sea dicha.

2.4. Propuestas de mejora

Comprobado, como se ha visto, que la regulación legal sobre autonomía personal y atención a la dependencia no se ajusta a los mandatos que en relación al derecho de libre opción asiste a las personas con discapacidad con arreglo a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se impone su modificación, de modo que la legislación española en la materia esté en consonancia con el tratado internacional de la discapacidad.

La propuesta de reforma normativa que se sugiere en este trabajo se limita solamente a algunos de los aspectos en los que ha quedado acreditado el desajuste entre la legislación española y la internacional, los referidos concretamente, por una parte, a la formulación de la libertad de elección como principio inspirador de la norma legal y como derecho de las personas en situación de dependencia y, por otra, a la adopción del programa individual de atención a la persona reconocida con derecho a prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por cuanto en el régimen vigente la posición de la persona es acusadamente subalterna respecto de la de la Administración social, que es la instancia decisoria.

Desde luego, como postulan ASÍS ROIG y BARRANCO AVILÉS (2010), desde la esfera académica, y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), desde la esfera de los movimiento sociales más concernidos por esta realidad⁸, la Ley 39/2006 precisa una revisión amplia e integral, no únicamente desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Internacional citada a propósito de la libertad de opción de la persona con discapacidad. Esa reformulación en globo de la norma legal de cabecera sobre autonomía personal y

⁸ La posición del CERMI, como expresión del movimiento social de la discapacidad, en relación con la necesaria revisión de la Ley 39/2006 a la luz de la Convención de la discapacidad queda expuesta nítidamente en el fragmento que sigue: «Desde las organizaciones del tercer sector ofrecemos nuestra colaboración para efectuar una adecuada lectura de la Ley que se acomode a los criterios y al modelo que la Convención establece, lo que permitiría desplegar principios y valores fundamentales como el de libre opción y determinación personal y elección de estilo de vida, desarrollar más figuras de promoción de la autonomía y abundar en el peso de prestaciones como la de asistente personal. Es fundamental, a estos efectos, asumir en todo su alcance lo que significa el artículo 19 de la Convención (derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad), e impregnar de esta visión toda la Ley 39/2006 y el SAAD, acometiendo las modificaciones legales y reglamentarias y cambiando las prácticas administrativas que sean precisas», contenido en *Documento de posición del CERMI Estatal ante el proceso de Evaluación y Revisión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, publicado en *cermi.es*, *el periódico de la discapacidad*, número 86, enero de 2010.

atención a la dependencia en términos afines a la Convención es una tarea vasta, que excede claramente las aspiraciones de este artículo, pero no por ello resulta menos imperiosa y hasta apremiante, si se desea corregir la grave anomalía actual consistente en que la legislación interna entra en clara contradicción con una norma internacional de derechos humanos incorporada válidamente al ordenamiento jurídico español, que goza pues de rango normativo superior.

A fin de acomodar la Ley 39/2006 a las exigencias que representa el respeto al derecho de libre opción de la persona con discapacidad, se propone la modificación de los artículos 3 y 4 de la Ley 39/2006, que tienen por objeto, respectivamente, la enunciación de los principios inspiradores de la norma y el establecimiento del catálogo de derechos reconocidos a las personas en situación de dependencia acogidas a la Ley; además, se plantea también la revisión del artículo 29, relativo al proceso de adopción del programa individual de atención de la persona en situación de dependencia.

En relación con el artículo 3 de la Ley 39/2006, se sugiere como modificación la de incorporar un nuevo principio informador, con la letra que corresponda, de acuerdo con esta redacción:

«xxx) La libertad de elección de las personas en situación de dependencia respecto de las prestaciones y servicios de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley y en sus disposiciones de desarrollo, a fin de respetar en la máxima extensión posible sus decisiones, preferencias y opciones de vida».

En cuanto al artículo 4, la propuesta consiste también en incluir una nueva letra, con el texto que aparece a continuación:

«xxx) A decidir libremente, contando, en su caso, con los apoyos necesarios, sobre los servicios y prestaciones que razonablemente más se ajusten a sus criterios y preferencias, dentro del marco general establecido en la Ley».

Pasando ya al artículo 29, hay que recordar la redacción actual del citado precepto que es la que sigue:

Artículo 29. *Programa Individual de Atención*

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades

de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

La propuesta que se sugiere (se señalan mediante subrayado las modificaciones sobre el texto del artículo en vigor) se presenta en estos términos:

Artículo 29. *Programa Individual de Atención*

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales *competentes* del sistema público, *de común acuerdo con la persona beneficiaria*, establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de atención y apoyo más adecuadas a su *situación* y necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel. *A tal fin, la persona beneficiaria, o sus representantes legales, con carácter previo, planteará libremente sus preferencias en cuanto a los servicios y prestaciones deseados, que constituirán la base de partida del Programa Individual de Atención, el cual será objeto seguidamente de negociación con los servicios sociales. En caso de acuerdo entre las partes, los términos del mismo se reflejarán en el Programa Individual de Atención. Si no se alcanzase un consenso, prevalecerá la propuesta de Programa Individual de Atención de los servicios sociales, que deberá estar lo más próxima posible a las preferencias de la persona beneficiaria, quedando a salvo siempre el derecho de ésta a impugnar administrativa o jurisdiccionalmente las decisiones que le sean desfavorables por no respetar su derecho de libre opción. Los servicios sociales tendrán que justificar motivadamente aquellas decisiones que se aparten de las preferencias de la persona beneficiaria.*

Si se comparan ambas redacciones, la del precepto vigente y la de propuesta de cambio, se advierten como más notables estas diferencias:

- La confección del Programa Individual de Atención dejaría de ser una decisión unilateral de los servicios sociales, a lo sumo meramente consultada, para pasar a resultar el producto de un acuerdo, que vendría precedido de una negociación entre partes. *Bilateralidad/Equilibrio de posiciones.*
- Se amplía la libertad de opción al basarse el Programa Individual de Atención, como elemento configurador inicial, en las preferencias expresadas por la persona beneficiaria, dentro, huelga decirlo, del margen de maniobra que permite el catálogo de servicios y prestaciones. *Libertad de opción extensa.*

- En caso de que las discrepancias entre las partes persistan, a pesar de la negociación, y no pueda lograrse un acuerdo, prevalece en última instancia la decisión de los servicios sociales, sin perjuicio del deber de estos de atender hasta el máximo grado posible la voluntad manifestada por la persona beneficiaria y su derecho a impugnar todo acto administrativo que considere negativo para sus pretensiones. *Prevalencia última de la Administración en el supuesto de disenso.*

Los cambios formulados se enderezan a fortalecer la posición de la persona que recibe los servicios y prestaciones para su autonomía, asegurando o cuando menos ampliando considerablemente su derecho a la libre opción, aunque sea en un nivel básico. Se pretende lograr de este modo un equilibrio entre la Administración social, que en el régimen actual, *detenta* (en su sentido prístino) el poder exclusivo de decisión, y la persona, que a lo más que puede aspirar es a manifestar meramente sus preferencias, en un trámite muy diluido de consulta, o a elegir de entre lo que le cerradamente le ofrecen.

En la propuesta, la adopción del Plan Individual de Atención sería producto de un acuerdo entre las dos partes, Administración y administrado, que se alcanzaría tras la negociación oportuna. Como no se escapará, hablar de partes, de negociación y de acuerdo, representa un superación del modelo vigente, que es ostensiblemente de desigualdad, para acercarse a uno de mayor equilibrio, en el que se puede verificar de modo más efectivo el derecho a la libertad de elección de la persona con discapacidad.

Una reforma del tenor de la sugerida más arriba o análoga, aproximaría la Ley 30/2006 a los principios, valores y mandatos del Tratado internacional de la discapacidad en punto a la libertad de opción de las personas con discapacidad, clave para el ejercicio de su derecho a ser incluidas en la comunidad y a desarrollar una vida independiente. Esta cuestión debería integrar ineludiblemente la revisión a la que habría de someterse la norma legal, como en ella misma se prevé. Que lo sea o no, dependerá de la voluntad no suficientemente acreditada de los poderes públicos de tener en cuenta los derechos humanos de las persona con discapacidad y trasladarlos consiguientemente a su acción política y legislativa.

ANEXO

Conclusiones de la Jornada «La Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD) como marco de referencia del Sistema para

la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), organizada por el CERMI el 15 de octubre de 2009, en la sede del IMSERSO, en Madrid.

«El SAAD, en tanto que nuevo dispositivo de protección social, debe ser una herramienta de especial relevancia para el desarrollo y aplicación de la CDPD, a fin de proporcionar los ajustes y apoyos necesarios que sitúen a las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades para el pleno ejercicio de sus derechos humanos.

1. Es necesario potenciar e impregnar el marco conceptual y los objetivos del SAAD del modelo social de entender la discapacidad plasmado en la CDPD, que parte de un marco conceptual de derechos humanos, orientado a capacitar y situar a la persona en una posición de igualdad de oportunidades para la que se requieren apoyos.

2. La aplicación y cumplimiento de la CDPD por parte de todas las Administraciones, los agentes sociales y la ciudadanía precisan primero de su conocimiento, en este sentido es importante que quienes están vinculados y llevan a cabo la gestión del SAAD conozcan profundamente la CDPD; es una obligación del Estado parte (España, en este caso) promover la formación de estos profesionales de acuerdo con establecido en el propio Tratado internacional.

3. El artículo 19 de la CDPD, que establece el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ha de constituir el eje orientador e informador de todos y cada uno de los desarrollos del SAAD, tanto en el plano del marco conceptual, modelos de atención, diseño de servicios y prestaciones, participación del usuario/a y de las organizaciones civiles del tercer sector.

4. Los principios y derechos establecidos en la Convención que inciden especialmente en el ámbito del SAAD y que ahora no se ven incorporados materialmente son:

- La libertad de elección del usuario y su participación en el diseño de la atención que recibe.
- La ausencia o la fragilidad de dispositivos, prestaciones y servicios orientados efectivamente a promover la vida independiente y la autonomía personal, que deben ser los objetivos de referencia del SAAD, abandonando modelos meramente asistencialistas hoy felizmente superados.
- La accesibilidad en sentido amplio, incluido el derecho a la información que tienen que garantizar la adaptación de los mecanismos de comunicación del SAAD para que todos los usuarios ejerzan su derecho de participación y autodeterminación, y para garantizar que conoce sus derechos como usuario del sistema y como ciudadano o ciudadana en igualdad de condiciones.

- Especial protección de los grupos más vulnerables: mujeres y niños/as, minorías, mayores, lo que implica la no discriminación por razón de edad u otra condición social o personal.
- La participación efectiva de la ciudadanía con discapacidad, a través de sus organizaciones representativas, en virtud del principio de diálogo civil, en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas de promoción de la autonomía personal.

5. Siendo los servicios residenciales una de las prestaciones del SAAD, es necesario regular la protección jurídica de las personas institucionalizadas. En este sentido:

- Las personas institucionalizadas son más sensibles a la violación de sus derechos y esto, unido a que la experiencia legislativa en derecho comparado y los tratados internacionales así lo aconsejan, hace necesario aprobar una regulación específica en nuestro país para proteger y asegurar que las personas institucionalizadas gocen de los mismos derechos que cualquier otra persona no institucionalizada.
- La CDPD repercute sobre este tipo de prestación residencial. Los procedimientos de institucionalización de carácter involuntario deberán ajustarse al tratado, en concreto: el procedimiento de internamiento involuntario del artículo 763 Ley de Enjuiciamiento Civil; así como los sistemas de control de los centros, y de los tratamientos farmacológicos, o la aplicación de medidas restrictivas de la libertad, o de control, como sujeciones forzosas o instalación de cámaras. En general las medidas de restricción de la libertad deberán tener carácter excepcional, y solo en determinadas situaciones podrían ser aplicadas y cumpliendo las salvaguardias y garantías legales y judiciales adecuadas, y siempre que no incurran en discriminación por discapacidad.
- Es necesario garantizar que la persona institucionalizada ejerce todos sus derechos y que el hecho de estar «institucionalizada» no es una razón para privarle de los mismos, entre ellos: el derecho de visita y comunicación, el de confidencialidad, a la intimidad, etc.

6. Es necesario que la evaluación y revisión del SAAD, que hay que acometer en el año 2010, tenga en cuenta determinadas cuestiones esenciales a que obliga la CDPD, y entre ellas:

- Potenciar los servicios de promoción de la autonomía personal, incluido el de prevención de las situaciones de dependencia: es necesario desarrollar los planes de prevención de la dependencia, crear las estructuras para la provisión de los

servicios que contempla la Ley y regular con amplitud el servicio de promoción de la autonomía personal.

- A la luz de la experiencia en la aplicación autonómica de la Ley, en sus tres años de vigencia, se deben establecer mecanismos de garantía de la equidad y la no desigualdad por razón de territorio en que residen las personas usuarias.
- Es necesario revisar y adecuar las cuantías de las prestaciones económicas para alcanzar niveles mínimos de cobertura del servicio, y por otra parte garantizar la sostenibilidad del SAAD para que se configure como un verdadero derecho subjetivo. A la luz de la Convención se podría incurrir en una violación de derechos humanos cuando se niegue el derecho de apoyo orientado a la autonomía personal y este sea necesario para ejercer un derecho fundamental como por ejemplo el derecho a la educación o al trabajo.
- El derecho a la vida independiente y a la prestación de asistencia personal como herramienta para lograr la autonomía y autodeterminación, está recogido de forma expresa en la CDPD, y en este sentido resulta necesario modificar la actual regulación restrictiva de la prestación de asistencia personal, para abrirla a todo tipo de personas (eliminar restricciones de grado y nivel, así como de edad que hoy en día ocurren en algunas Comunidades Autónomas) y para todo tipo de actividades, configurando «una asistencia integral» (ocio, trabajo, educación, etc.). También es necesaria la regulación de la figura del asistente en el ámbito laboral de forma específica, incluida la formación.
- Se propone crear y dotar en el marco del SAAD recursos necesarios y suficientes para el desarrollo de Oficinas de Vida Independiente en todas las Comunidades Autónomas, encargadas de extender y difundir este estilo de vida y gestionar este tipo de prestaciones y vigilar su calidad y adecuación.
- El paradigma del valor intrínseco de la diversidad que plantea y encarna la Convención, esto es, la valoración positiva de la discapacidad debe también incorporarse a la Ley 39/2006, cuya finalidad debe ser la de respetar la diversidad y capacitar a las personas con necesidades de apoyos y a su entorno para el pleno disfrute de sus derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Análisis de los Desarrollos Normativos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Estudio Comparativo Autonómico*, CERMI/Ediciones Cinca, 2009.

COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS:

Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España, 2011, documento disponible en línea www.convenciondiscapacidad.es/Noticias_new/Examen.doc.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI):

Documento de Posición del CERMI Estatal ante el Proceso de Evaluación y Revisión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, en cermi.es, el periódico de la discapacidad, número 86, enero de 2010.

DE ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M. DEL C.: *El Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

PALACIOS, A.: *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (2007): *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos Una Aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

PÉREZ BUENO, L. C.: «La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones», en PÉREZ BUENO, L. C.: *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa Berra*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

— «La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios», en PÉREZ BUENO, L. C.: *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, CERMI/Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

Páginas de Internet recomendadas

www.cermi.es – Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

www.convenciondiscapacidad.es – Página del CERMI dedicada monográficamente a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

www.imserso.es – Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

www.un.org/disabilities – Página oficial de Naciones Unidas dedicada a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Capítulo III

AVANCES EN LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA DEL MINISTERIO FISCAL

Carlos Ganzenmüller Roig

Fiscal del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la «Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», el 3 de mayo de 2008 y la necesaria adaptación de nuestro derecho interno a sus postulados, la intervención del Fiscal debe partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención que proclama el principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás, unificando la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantizar a la persona con discapacidad, su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

Pero al mismo tiempo, restringe y limita casi en su totalidad, el instrumento de la incapacitación, cuando este tenga por único objeto la anulación de la capacidad de obrar, otorgándose a un tercero.

Por ello, las tradicionales figuras de tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, curatela, etc., deberían ir abriendo paso a instituciones nuevas como las de «Asistencia»¹, «administrador de apoyo», o el «cuidador personal», sin olvidar

¹ Incomprensiblemente relegada a personas mayores no discapacitadas. Ley 25/10 del Parlamento de Cataluña, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Se le dedica el capítulo sexto. El artículo 226-1 establece que la

el respeto y reconocimiento de las situaciones de «Guarda de Hecho», cuando no existan motivos que aconsejen acudir a un procedimiento de «determinación y adecuación de la capacidad y apoyos», que actualmente se denomina «incapacitación».

Al rechazar la Convención el sistema tutelar sustitutivo o representativo de la persona con discapacidad y las situaciones de protección ilimitadas o prorrogadas, que cronifiquen o enquisten temporalmente la situación de anulación de la capacidad plena, es igualmente preciso establecer, los mecanismos de apoyo a aquellas personas que requieran el «apoyo mas intenso»², por lo que la misión del M. Fiscal cobra una nueva dimensión y un nuevo reto, que solo desde su especialización, prevista en el artículo 13.2 de la Convención, podrá abordar eficazmente.

Este planteamiento, está teniendo en la práctica notables dificultades, ante el incumplimiento de las obligaciones determinadas en la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009 de 25 de marzo que modifica la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, cuando dice que: «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

De otro lado, la Sentencia de la Sala Primera del T. Supremo de 29 de abril de 2009, sobre «La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006», declara que «la incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona», considerando que 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), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí

persona mayor de edad que lo necesite para tener cuidado de ella misma o de sus bienes, a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente.

² Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso (Preámbulo j).

mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...].

La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable», y concluye señalando que sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 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 artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Solución contraria a la propuesta por el Fiscal, que pretendía una declaración mas contundente y precisa en orden a la determinación de que en espera de la reforma legislativa anunciada, «la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta de adaptación más idónea. De un lado porque ofrece al juez, un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones.

«Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de estos aspectos fundamentales de su aplicación».

En definitiva, en el proceso de modificación de la capacidad, el Fiscal deberá actuar bajo el principio de defensa del «interés de la persona con discapacidad», entendiendo por tal, la preservación de sus capacidades naturales, el respeto a su capacidad de decisión, y el fomento de sus habilidades, que le permitan la vida autónoma e independiente mas plena posible, como determinan los artículos 12 y 13

de la Convención y coordinar un eficaz sistema de vigilancia y control de los apoyos, que serán siempre revisables y adaptados a las necesidades actuales de persona.

El cambio de modelo planteado requerirá de cambios graduales, en los que coexistirán ambos mecanismos (incapacitación y las nuevas medidas), hasta que la nueva legislación proporcione la adecuada respuesta (jurídica, pero también social) a las necesidades de apoyo de las personas que lo requieran.

2. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA DISTINCIÓN ENTRE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR

El primer problema al que nos enfrentamos los Fiscales encargados de los servicios de «protección a las Personas con discapacidad y apoyos», denominación con la que identificamos a los Fiscales encargados de estos Servicios en todas las Fiscaliza de las Audiencias Provinciales y algunas Fiscalías de Área, el proceso relativo a la capacidad de las personas es uno de los ámbitos en que la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada, por su peculiar posición de garante de los derechos de las personas con discapacidad y de la institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa.

El M. Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas legalmente facultadas, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

La puesta en conocimiento del Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, no le obliga a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda, y en todo caso, la constancia de la existencia de una persona que padezca alguna enfermedad física o psíquica que le impida gobernarse a si misma.

Cualquier persona puede comunicar al Fiscal, la existencia de aquella circunstancia, transformándose esta facultad en obligación legal para las autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo tuvieran conocimiento de ello, y para el Juez que haya adoptado de oficio alguna medida cautelar de protección del presunto incapaz.

Normalmente este «conocimiento», llega al Fiscal por las comunicaciones realizadas por los centros en donde se hallan ingresadas (que suelen ser obligatorias

conforme a las legislaciones autonómicas), organismos públicos como la Seguridad Social, por los informes emitidos por los profesionales de las redes de asistencia social dependientes de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, así como por los familiares, vecinos o conocidos del presunto incapaz.

Recibida la noticia por parte del Fiscal, se inicia una fase que se podría llamar de «instrucción» y que en la práctica diaria se suele denominar «diligencias informativas previas a la interposición de la demanda» o *diligencias preprocesales*, por cuanto consisten en recabar toda la información necesaria para poder realizar un adecuado análisis de la «causa» (deficiencia que implique la modificación de la capacidad), y del «motivo», la necesaria protección que su estado o circunstancia determina, para decidir si procede o no interponer demanda, y en su caso, poder promoverla adecuadamente.

Por tanto, resulta fundamental que se concrete una doble cuestión: ¿por qué y para qué?, debe interponerse una demanda de modificación de la capacidad.

¿Debemos entender que el marco legal establecido por el artículo 12, impone un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad legal de las personas con discapacidad, cuando resulta necesaria la intervención de terceros, cuando la persona no pueda por si sola tomar decisiones propias?

¿Supone un cambio del actual sistema de «Sustitución representativa», por un modelo innovador de «Apoyos»?

Aquí radica una de las cuestiones clave de la Convención, que a mi entender, se decanta indudablemente por el sistema de apoyos, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.

Solo así tiene razón de ser el concepto de «discapacidad», como el resultado de la interacción entre una persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que limita la capacidad de ejercer una o más de las actividades esenciales de la vida diarias y un entorno con barreras que no le ofrece los servicios y apoyos necesarios, limitando y restringiendo su participación.

«El reconocimiento de la personalidad jurídica» de las personas con discapacidad, «que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, mediante las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», que los Estados parte están «obligados a adoptar», «proporcionando las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos», supone la asunción del sistema de apoyos, sin complejos ni vacilaciones.

Consecuencia de ello será, que en las resoluciones judiciales relativas «a las modificaciones de la capacidad» debemos partir, reconocer y potenciar, la capacidad acreditada en el caso concreto, a partir de las habilidades naturales de la persona, en los ámbitos siguientes:

- A) Personal y de vida independiente, relativas al auto cuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc.; así como las cotidianas: comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, uso del transporte, respuesta ante la necesidad de ayuda, etc.
- B) Cuidado de la salud: utilización de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, auto cuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc., conocimiento y consentimiento del tratamiento.
- C) Económico-jurídico-administrativas:
 - a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.
 - b) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias.
 - c) Capacidad para la conducción de vehículos u otras actividades que requieran autorización administrativa.
- D) En caso alguno podrán alterarse o anularse los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

3. DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. MECANISMOS DE APOYO Y SALVAGUARDIAS

A) De los mecanismos de apoyo previstos en el artículo 12.3 de la Convención

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello, los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de su capacidad jurídica y establecer las salvaguardias necesarias contra el abuso de

ese apoyo (art. 12.4). En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, (Preámbulo x), que es especialmente preferido como se desprende también del artículo 23.4 y 5, hasta el sistema de «apoyo asistencial» en sus diversas áreas: asistente personal, económico, y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente. Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas y se deberán tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

También contemplaría la posibilidad de una «asistencia institucional», 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 sólo ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será la afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona discapacitada. Aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite «un apoyo más intenso», la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad u órgano judicial competente determina que una persona necesita un apoyo intenso para ejercer su capacidad jurídica, y el párrafo 4 del artículo 12, exige la instauración de salvaguardias para protegerle contra el abuso de esos mecanismos.

El apoyo, que parte de las capacidades concurrentes en la persona, debe adoptarse «de menos a más», para complementarlas y hacerlas accesibles a las concretas necesidades reales, impidiendo toda generalización que implique sustitución o representación de la capacidad de decisión.

Siguiendo el ejemplo clásico de que los mecanismos de apoyo deben reflejarse en la resolución judicial que los acuerda, como «un traje a medida», el artículo 12, propugna, que se deben hacer «todos los trajes a medida que se necesiten», por eso la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero sí impide, los sistemas de tutela clásicos. Sólo recuerda en el Preámbulo j), que deben protegerse los «derechos humanos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso».

Por ello, la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales, en las decisiones patrimoniales (art. 12.5), sociales, trabajo, salud, vida independiente, mantenimiento del nivel de vida, y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a «nuevas formas» nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse.

Entre estas destacaremos aquellas que se constituyen y organizan en torno a «una red de apoyo de personas de confianza».

Así, quienes apoyen a una persona pueden comunicar las intenciones de ésta a otras personas o ayudarle a comprender las opciones que existen.

Pueden también ayudar a otros a que comprendan que una persona con discapacidad grave es también una persona con sus propios antecedentes, intereses y objetivos en la vida, y es alguien capaz de ejercer su capacidad jurídica.

Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores/amigos, en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos.

La provincia de la Columbia Británica en el Canadá posee una de las legislaciones más avanzadas en la incorporación de la toma de decisiones con apoyo. Así, toda persona con discapacidad puede concertar un «acuerdo de representación» con una red de apoyo, que indica a médicos, instituciones financieras y proveedores de servicios, que la persona ha otorgado a la red la necesaria potestad para ayudarla a tomar decisiones y representarla en ciertos asuntos.

Una de las principales innovaciones en la legislación consiste en que las personas con discapacidad más grave pueden concertar acuerdos de representación con una red de apoyo simplemente demostrando «confianza» en las personas de apoyo designadas.

Para concertar ese acuerdo no es preciso que la persona con discapacidad demuestre tener competencia jurídica de acuerdo con los criterios ordinarios, basta haber demostrado la capacidad de comprender la información pertinente, darse cuenta de las consecuencias, actuar voluntariamente y comunicar una decisión con independencia.

Varias personas y redes de apoyo han concertado acuerdos de representación como alternativa a la tutoría u otras formas de toma de decisiones sustitutiva.

El Centro de Recursos para Acuerdos de Representación (Representation Agreement Resource Centre), organización basada en la comunidad, ayuda a crear y mantener redes de apoyo ofreciendo información, publicaciones, seminarios y asesoramiento, y supervisa un registro, en el que una red de apoyo puede inscribir un acuerdo para que terceros lo examinen si es necesario antes de celebrar un contrato con la persona con discapacidad.

Los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad, son competencia de la legislación interna, y en nuestro derecho interno, la tutela, que determina la «sustitución» de la persona con discapacidad por otro, que pasa a actuar como su representante legal, difícilmente tiene encaje en la Convención, pues incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida que se pueda conocer su voluntad, solo en el ámbito patrimonial podría operar.

En este sentido conviene recordar que en algunas Comunidades Autónomas, se están considerando figuras de apoyo asistencial, como en las recientes modificaciones establecidas en el C. Civil de Cataluña, Libro II, que entró en vigor el uno de enero de 2011. Esta importante «avanzadilla legislativa», que declara que las referencias a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta Convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal, opta por mantener las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación; pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección.

Finalmente, las Organizaciones que representan a las personas con discapacidad y sus familias, deben jugar un papel predominante en la función de asesoramiento en la determinación y proposición de «apoyos», desde el conocimiento, los medios y la experiencia que posean en el desarrollo de la vida independiente, de la diversidad de las personas con discapacidad.

B) De las salvaguardias (art. 12.4)

Cobra también el mayor interés, el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad y la

determinación de los apoyos, se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro.

Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- *«Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial».* La autoridad u órgano judicial garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva, junto al derecho de «acceso a la justicia» previsto en el artículo 13.
- *«Que se adopten salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona»,*
- *«Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, para preservar de elementos que interfieran en su capacidad de decisión».*
- *«Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona».*
- *«Que serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».*

Salvaguardias que implican, no sólo que la persona debe ser oída y examinada por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados.

También exige la necesidad de indagar cual es el verdadero «interés» de la persona con discapacidad para procurarle la máxima autonomía.

- *«Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales».* El artículo 12.5 de la Convención, a modo de ejemplo enumera actividades patrimoniales de indudable actualidad.
- *«Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos».* Consecuencia directa del carácter «dinámico del concepto de discapacidad», tanto en relación a las personas, como de los apoyos, se hace necesario revisar periódicamente su estado y condiciones de futuro para evitar situaciones de abandono crónico que cercenen su real incorporación a la sociedad o alcanzar el adecuado nivel de vida independiente que pudiera corresponderles.

En nuestro derecho, este control de los «*exámenes periódicos*» de los apoyos acordados, corresponde a la autoridad judicial y al M. Fiscal. Así, disponen los artículos 216 y 232 CC, que las funciones tutelares estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, y que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del juez. También se contempla la posibilidad de que puedan ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC). Posteriores reformas legislativas han venido desarrollando las funciones tuitivas que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal, potenciando el protagonismo de la Institución en este ámbito.

En la actualidad se produce una concurrencia en dicha función de vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, delimitada por la naturaleza de sus respectivas funciones. Así, tanto el artículo 124 CE como el artículo 3.7 EOMF denotan una idea dinámica en la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia, acorde con lo que el artículo 299 bis CC, establece, al indicar que cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. Igualmente significativo es el artículo 228 CC cuando establece que si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Teniendo la institución tutelar la función fundamental de velar por la guardia y custodia de la persona tutelada y de sus bienes, dispone el artículo 269 CC que las obligaciones que el tutor debe asumir respecto de las personas con discapacidad se concretan en: procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, e informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

En esta línea, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial, destaca las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en dicho ámbito y le atribuye la supervisión institucional del patrimonio protegido (arts. 3.2; 5.3 y 6; y 7).

La Fiscalía siempre ha ejercido su clara voluntad en el cumplimiento de tales cometidos, como se constata en la Circular 2/1984, de 8 de junio, sobre internamiento de presuntos incapaces; la Consulta de 25 de abril de 1985, sobre la autorización ju-

dicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial; la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos; la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad; la Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas; y la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.

Finalmente y como consecuencia de los tratados internacionales suscritos en los últimos años por España³, se ha potenciado su actividad en la Instrucción número 4/2008, de 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces, imponiéndose a los Fiscales⁴ las obligaciones siguientes:

- Revisarán cada seis meses la efectiva actualización de dicha base de datos.
- Realizarán un efectivo control sobre el cumplimiento de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela, nombramiento de tutor, ejercicio y extinción de dicho cargo, mediante la vigilancia de los procedimientos judiciales de tutelas.
- Cuando se planteen cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales por razón del cambio residencia de una persona sometida a tutela, los señores Fiscales, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial, y atendiendo a razones de inmediatez, eficacia y efectividad, informarán a favor de atribuir la competencia al juzgado del lugar de residencia actual de la persona con discapacidad.

³ El marco jurídico de protección también está integrado por los tratados internacionales suscritos en los últimos años por España, destacando en este ámbito 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, con vigencia en España desde el 3 de mayo de 2008.

⁴ Primera. Darán cumplida observancia a la Circular 2/84 y a las Instrucciones 6/1987 y 3/1990 de la Fiscalía General del Estado, las cuales mantienen su vigencia en los ámbitos que en las mismas se contempla. Segunda. Los señores Fiscales Jefes Provinciales, mediante la utilización del programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por la Comunidad Autónoma correspondiente, establecerán una base de almacenamiento de datos, en la que han de registrarse, para su constancia en la misma, todas las Diligencias Preprocesales y de los procedimientos judiciales relativos a las tutelas de las personas con discapacidad, con expresión en el mismo de todos los extremos expresados en el cuerpo de la presente Instrucción. Tercera. Los señores Fiscales Jefes Provinciales cuidarán que en la constitución y desarrollo de dicha base informática de almacenamiento de datos, se observe lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

- Solicitarán 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.

En definitiva, el Ministerio Fiscal tiene atribuido un papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos. A estos efectos, ha sido publicado en abril de 2011, «El Manual de buenas prácticas del M. Fiscal», donde se especifica a modo de declaración de principios que «Las Secciones de 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.

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.

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 determinación de la capacidad y propuesta de apoyos necesarios o específicos que complementen su capacidad natural».

Consecuentemente, las obligaciones genéricas impuestas al tutor, deberían concretarse judicialmente cuando el apoyo acordado sea «el más 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 voluntad 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.

Una vez incoado el expediente de seguimiento del instrumento tutelar, ya sea tutela o curatela, el responsable de velar por la persona y bienes del apoyado, deberá de

presentar dicho plan de seguimiento de la tutela⁵, y en relación con el mismo informará al Juzgado con ocasión de la presentación de rendición de cuentas anuales. La persona apoyada, cuando fuere posible, será oída en el Juzgado sobre cualquier cuestión relativa al plan de seguimiento, su cumplimiento o posible revisión o modificación.

Es necesario insistir en que la modificación de la capacidad y la tutela son mecanismos legales de protección de las personas con discapacidad⁶. Configurándose las entidades tutelares como pieza fundamental y cierre del sistema de protección.

La intervención del Fiscal en estos procesos sigue aumentando en los últimos años, alcanzándose en 2010, las 24.765 diligencias informativas en comunicación de presunta causa de modificación de capacidad, de las que el Ministerio Fiscal interpuso 16.128, elevándose las demandas interpuestas por particulares a 9.344.

Los expedientes de tutela y curatela incoados se cifraron en 11.713, y se revisaron y controlaron del orden de los 40.542 expedientes correspondientes a años anteriores; finalmente los internamientos involuntarios incoados, se elevaron a 49.126 expedientes.

⁵ Contenido del plan de tutela.

Actualmente, con arreglo al CC, el tutor está obligado a presentar inicialmente el inventario y anualmente, el informe de rendición de cuentas y el informe sobre la situación personal. Con arreglo al modelo que proponemos, el Plan de Tutela que debe exigirse al tutor como parte de una buena práctica en el seguimiento del expediente de tutela deberá incluir, además de los contenidos anteriormente referidos:

- Informe sobre el estado de salud del interesado en el momento inicial.
- Previsión de evolución favorable o desfavorable.
- Instrumentos de rehabilitación en relación con su discapacidad.
- Instrumentos para la plena integración en la vida laboral, si es posible, y en todo caso en la vida social y cultural.
- Presupuesto de ingresos y gastos previstos.
- Parámetros de la gestión del patrimonio.
- Criterios de conservación e inversión de los activos disponibles, preferentemente en valores seguros, debiendo evitarse las inversiones en valores sujetos a cotización en mercados bursátiles y las inversiones en fondos o productos financieros en los que no esté garantizado el capital inicial.
- Cuantías dinerarias de las que podrá disponer por sí mismo el tutelado, periodicidad y concreción del modo de disposición (por ejemplo, entrega por el tutor, tarjeta de débito limitada, etc.).

⁶ STS de 24 de abril de 2009, sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro derecho interno.

Capítulo IV

LA PREVENCIÓN DEL DERECHO HUMANITARIO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

José Luis de Pedro Moro

Miembro del Cuerpo Jurídico Militar

Patrono de la Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX)

La «*Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*» (en adelante, Convención), recoge en su primer artículo que tiene como propósito el «*promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*», disfrute que deberá ser en igualdad de condiciones que el resto de las personas; obligando a todos los firmantes a promover, proteger y asegurar el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano, con independencia de la concurrencia en la persona de deficiencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales. Uno de los ámbitos en los que la Convención desarrolla su influencia es el relativo a las situaciones de grave riesgo y emergencia humanitaria, y éste es el que ahora nos interesa. En el apartado U del Preámbulo de la misma Convención, se avanza «*la necesidad de la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera*», señalando seguidamente que «*es imprescindible que se den las condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, y que se respeten los instrumentos vigentes en materia de Derechos Humanos*». Esta declaración programática se plasma de manera efectiva en el artículo 11 de la Convención, donde bajo el título «*Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias*» recoge, ahora ya con carácter imperativo, que: «*Los Estados Parte adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les correspondan con arreglo al derecho internacional, y en concreto al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con*

discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas las situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales».

Ante las situaciones de grave riesgo o de emergencia humanitaria, la importancia de la prevención establecida por la Convención es evidente si tenemos en cuenta que aproximadamente el 10% de la población mundial sufre algún tipo de discapacidad; esto es, más de 650 millones de personas; y que los riesgos a los que están sometidos son mucho mayores durante estas situaciones, cuando las condiciones de vida están gravemente alteradas, sea por catástrofes naturales (inundaciones, terremotos, tsunamis...), por situaciones de emergencia humanitaria (hambrunas, epidemias, desplazamientos de poblaciones, alteraciones de la paz social derivadas de la falta de gobierno, disturbios, motines y otras situaciones similares de perturbación grave del orden público...), o por la existencia de un conflicto armado (manifestados en la forma tradicional de «guerra», o como actos de enfrentamiento armado y violencia generalizada).

La relación entre los desastres humanitarios y la discapacidad se pone de manifiesto tanto por la presencia en el lugar de personas con discapacidad, como por ser estas situaciones causa generadora de discapacidades. Así, es fácil intuir que durante los estados de emergencia humanitaria las personas con discapacidad corren mayores riesgos que el resto de la población, debido a las dificultades para comprender el alcance del peligro, por sus limitaciones de movilidad, de comunicación o por depender de otras personas; y así lo han declarado las organizaciones humanitarias, al comprobar que muchos de los que permanecían en las áreas de peligro sufrían algún tipo de discapacidad. Concretamente se puso de manifiesto por los intervinientes en las labores de ayuda humanitaria en las zonas devastadas por el tsunami que arrasó las costas del sudeste asiático (2004), al señalar el gran número de personas discapacitadas abandonadas a su suerte y que quedaron tras la huida de la población de los lugares afectados. También echaron de menos la existencia de protocolos sobre la forma en que deberían actuar para su atención en estas circunstancias.

En este contexto, para cuando se trata de conflictos armados, nos encontramos con las previsiones establecidas por el Derecho Humanitario; sin embargo, para las situaciones de emergencia donde no hay un conflicto armado, la labor de ayuda se fundamenta en la pretensión de la efectividad de los Derechos Humanos, no existiendo, por ahora, otro orden jurídico que oriente dichas actividades. Por ello, ante el requerimiento de la asistencia necesaria, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció en 1991 el Comité Permanente entre Organismos, presidido por el Coordinador de Socorro de Emergencia de las UN, con el fin de coordinar la respuesta

internacional ante cualquier situación de emergencia humanitaria. Este Comité trabaja en colaboración con las diversas agencias de las Naciones Unidas, los gobiernos, las organizaciones humanitarias intergubernamentales y no gubernamentales. A la vez que se vienen aprobando protocolos de actuación dirigidos a la protección de los derechos humanos de las víctimas, como son las «Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC-ONU) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales». Aún así, no son extrañas las críticas al hecho de que sean excluidas con demasiada frecuencia las personas con discapacidad de los programas de ayuda, e incluso de los programas de socorro; omisión que suele deberse no a una voluntad expresa de no contar con ellos, sino a que los agentes intervinientes llevan a cabo —en palabras de la propia ONU— «políticas de actuación impropias», por una falta de previsión de protocolos de actuación específicos. En los últimos años se están empezando a redactar directrices inclusivas en los programas de intervención humanitaria, como por ejemplo en las «Normas mínimas de respuesta humanitaria en casos de desastre», y en la «Carta Humanitaria» (Proyecto Esfera), que son fruto de la experiencia colectiva de muchas personas e instituciones. Otros ejemplos son la «Guía del IASC sobre salud mental y apoyo psicosocial en emergencias humanitarias y catástrofes» (2007), y las «Directrices sobre la utilización de recursos militares y de la defensa civil en apoyo de las actividades humanitarias de las Naciones Unidas en situaciones de emergencia complejas». Estas directrices reflejan la necesidad de contar con un «sistema humanitario» que proporcione a las personas que están en la primera línea de respuesta la orientación que precisan para asegurar la protección de los derechos de *todas* las personas, incluidas las personas con discapacidad. Su propósito principal es que los Organismos Humanitarios propios de las Naciones Unidas y de sus asociados, cuenten con pautas de actuación precisas para la ejecución de las operaciones de naturaleza humanitaria, coordinado la actuación de los agentes, especialmente cuando, como es frecuente, se trate de actuaciones en las que intervienen tanto de personal civil como Unidades militares internacionales. Señalando que todos estos «agentes humanitarios» también deberían estar «familiarizados con los principios, conceptos y procedimientos contenidos en las directrices y adherirse a ellos, según proceda». El camino es largo, complejo y difícil.

Por otra parte, es fácil intuir el hecho de que todas las situaciones riesgo y emergencia suelen dejar un triste legado de discapacidades entre la población, como se señala en la «Encuesta mundial» elaborada por el Relator Especial sobre Discapacidad (UN, 2006). En relación a la entidad de los daños causados por los conflictos armados, en el Informe dedicado a las «Situaciones de riesgo», redactado por la Disabled People Internacional, se estima que «por cada niño muerto en un conflicto armado,

tres resultan impedidos o con deficiencias permanentes», y que «quienes ya padecen una discapacidad están en grave riesgo de adquirir una segunda». Por su parte la Organización Mundial para la Salud (OMS), ha señalado que, como consecuencia de algunos conflictos, «hasta la cuarta parte de las personas con discapacidad de algunos países, lo son como resultado de las heridas sufridas por la violencia de los combates». Siendo, desgraciadamente, muy habitual que se produzcan amputaciones, sordera, ceguera y otras limitaciones derivadas de las explosiones de minas antipersonal, munición y material sin explotar (UXO,s) «abandonados en zonas de paso, de trabajo o de juego». Los efectos perniciosos no se producen solo durante el desarrollo del conflicto, sino que en muchas ocasiones son una semilla cuyos frutos se manifiestan durante años y años después de terminado. Para evitarlo, en lo que se pueda, se aprobó en noviembre de 2003 el Protocolo V Adicional a la Convención sobre ciertas Armas Convencionales, dedicado a los Restos Explosivos de Guerra, que es el primer tratado internacional que exige a las partes en un conflicto armado el «facilitar la remoción de todas las municiones sin estallar que ponen en peligro la vida y la integridad de la población civil, de los miembros de las fuerzas de paz y de los trabajadores humanitarios, aún una vez terminados los enfrentamientos», y sobre el que el Comité Internacional de la Cruz Roja en su Declaración ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el 9 de octubre de 2009, ha señalado que «se pueden salvar muchas vidas proporcionando rápidamente al personal encargado de la remoción, la información esencial sobre las municiones explosivas utilizadas en un conflicto». Los efectos que ocasionan los conflictos armados en relación a las personas con discapacidad, merecerían un estudio más detenido y extenso, baste ahora con recordar lo que ha manifestado el Comité Internacional de la Cruz Roja: «Desde un punto de vista humanitario, cuando se habla de Conflictos Armados o de situaciones de violencia, se está hablando de personas, de riesgos, de vulnerabilidades y del sufrimiento a que están expuestas; y a la vez, de la acción que debe realizarse para prevenir, mitigar o poner término a ese sufrimiento».

En relación a las situaciones de riesgo sobre las personas y emergencia humanitaria, el artículo 11 de la Convención, recuerda la aplicación obligatoria del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; derechos ambos que tienen en común una misma finalidad: la protección de la vida, la integridad y la dignidad de las personas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone un conjunto de normas de ámbito internacional, inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos, sin distinción de raza, sexo, creencias, lugar de nacimiento, condición o edad; y en ellas se establecen tanto los beneficios que las personas, o grupos de personas, pueden esperar o exigir de los Gobiernos, como el comportamiento que

éstos deben adoptar en todo momento, con la obligación de que sean reconocidos en la legislación interna, y que se instauren mecanismos jurídicos, institucionales y económicos que permitan garantizar su pleno goce. A estas normas se añaden principios y directrices de índole no convencional llamadas derecho indicativo. Su control internacional se lleva a cabo por los órganos de supervisión, como son los establecidos por Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos) o a través de previsiones en tratados específicos (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966). Siendo destacable el papel que desarrolla la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) con el fin de controlar su respeto y denunciar toda violación de los mismos, con independencia de que se encuentre en estado de guerra o no, si bien habitualmente está relacionado con situaciones que no siendo de conflicto armado, son de graves alteraciones del orden público, en cualquiera de las formas en que se manifieste.

Por otra parte, el Derecho Humanitario se presenta como un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, destinadas a la protección de los derechos humanos en caso de conflicto armado, y tiene por finalidad principal limitar, en lo posible, los daños sobre las personas en todos los aspectos, incluyendo el físico, psíquico y moral; además de sobre sus condiciones de vida, y sean combatientes o no. El Derecho Humanitario se ha convertido en un complejo conjunto de normas relativas a una gran variedad de problemas, cuyos textos principales son los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

La relación entre el Derecho Humanitario y el de los Derechos Humanos nace durante la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), si bien por redactarse en ámbitos distintos, y quedar los Derechos Humanos reservados a Naciones Unidas, en tanto que la redacción de los Convenios dedicados al Derecho Humanitario se encargó al Comité Internacional de la Cruz Roja, aquellos solo se mencionan en el Preámbulo de los Convenios de Ginebra (1949). Esta separación, lógicamente, se ha ido diluyendo poco a poco en el tiempo, pues ambos tienen el mismo fin de proteger a las personas, sea en todo momento y circunstancias (objeto del reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) o en caso de conflicto armado (Derecho Humanitario), por lo que es lógico que Naciones Unidas, a través de sus organismos, manifieste su preocupación ante los sufrimientos a los que se ven sometidos algunos colectivos durante los conflictos armados, desordenes graves del orden público, en situaciones de emergencia e incluso durante los desastres naturales. La relación se manifiesta también al incluirse declaraciones relativas a los derechos humanos en las disposiciones propias del derecho humanitario; como son, por ejemplo: la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo

en relación a la participación de los niños en los conflictos armados, y el artículo 11 de la Declaración sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que ahora nos ocupa; o también, en otro ámbito, el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional. La Asamblea General de Naciones Unidas, en 1974, hizo pública su profunda preocupación por los sufrimientos de las mujeres y los niños que forman parte de las poblaciones civiles durante los conflictos armados. Proclamando (p. 3) que *«todos los estados cumplirán plenamente las obligaciones que les impone el Protocolo de Ginebra (1949), así como otros instrumentos de Derecho Internacional relativos al respecto de los derechos humanos en los conflictos armados, que ofrecen garantías importantes para la protección de la mujer y del niño»*. En el punto 6 de la misma Resolución se señala que: *«las mujeres y los niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados en lucha por la paz... o que viven en territorios ocupados, no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables, de conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Declaración de los Derechos del Niño, y otros instrumentos de derecho internacional»*. Como consecuencia, la relación entre ambos conjuntos normativos es ya reconocida sin reservas, y así aparece recogida en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 2005, en la que *«se insta a todas las partes en conflicto armado a que cumplan sus obligaciones dimanantes del Derecho Internacional Humanitario, en particular a que garanticen el respeto y la protección de la población civil, e insta también a todos los estados a que en ese contexto cumplan sus obligaciones relacionadas con los derechos Humanos»*. Añadiéndose textualmente: *«Consciente de que la normativa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son complementarios y se refuerzan mutuamente, Considerando que todos los derechos humanos requieren protección por igual y que la protección brindada por la normativa de los derechos humanos sigue vigente en las situaciones de conflicto armado, teniendo en cuenta las situaciones en que el derecho internacional humanitario se aplica como *lex specialis*»*. En esta misma Resolución se toma nota del reconocimiento y se espera de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos la elaboración de un documento de trabajo sobre *«los derechos humanos de la población civil durante los conflictos armados»* (Decisión 2004/118, de 12 de agosto), documento que tratará, entre otras cosas, de la relación entre las normas de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, los mecanismos para velar por su cumplimiento y el alcance de la obligación de los estados de aplicar el Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional, desde la perspectiva del propio estado y de la víctima. En este contexto aparece el concepto de *«Seguridad Humana»*, como manifestación

del alcance efectivo de la protección de los derechos humanos. La Seguridad Humana es un concepto multidimensional, que engloba la atención a las personas ante circunstancias políticas, sociales, económicas, culturales y ambientales, con miras a su desarrollo integral; partiendo del hecho que todo atentado contra ellas, llevado a cabo de cualquier forma, supone una violación de los derechos humanos, de su libertad y de su seguridad. En el «Informe sobre Seguridad Humana» (UN, 2003) se establece expresamente la necesidad de «*proteger el núcleo vital de todas las vidas humanas, de forma que se promuevan las libertades humanas y la realización humana. Seguridad Humana significa proteger a la gente de amenazas críticas y endémicas*». Actualmente, y pese a no encontrarse desarrollado a través de normas o tratados internacionales, pretende la satisfacción de todos los derechos humanos, sin graduación ni distinción, entre cuyos beneficiarios que se encuentran, obviamente las personas con discapacidad, como colectivo especialmente merecedor de políticas de actuación en su defensa.

No podemos terminar este comentario sin hacer una breve referencia a las prevenciones sobre las personas con discapacidad que aparecen en los textos de Derecho Internacional Humanitario. Recordemos que el desarrollo actual del Derecho Internacional Humanitario se caracteriza tanto por el aumento del número de personas protegidas, como por el alcance de la misma protección. Se ha pasado de la mera obligación originaria de respeto a los heridos y enfermos, víctimas de conflictos armados, a la obligación de ayudar a toda persona que necesite algún tipo de protección durante el conflicto. Y esa protección evoluciona desde una aptitud negativa o de abstención, a una positiva de hacer, de tomar las medidas que sean necesarias para aliviar su suerte, mejorar su estado y procurar su bienestar. En el repaso de los textos del Derecho Humanitario, vemos como en los distintos Convenios de Ginebra y sus Protocolos existen varias referencias y menciones a las personas *inválidas* o *impedidas*, expresiones que se corresponden con la idea actual de personas con discapacidad, aunque sin denominarlas así, lógicamente, por la época de su elaboración (en el texto prè se emplean las expresiones «*disabled*», «*mental disease*», «*other disability arising out of work*», «*incurably wounded and sick whose mental or physical fitness seems to have been gravely diminished*», «*Physically unsuited*», «*disease or other physical or mental disorder or disability...*». En el texto en francés se utilizan los prèsan: «*prèsan*», «*affections mentales*», «*invalidité prèsan*», «*ceux prèsan l'aptitude intellectuelle ou physique demeure prèsan traitement, considérablement diminuée*», «*physiquement inapte*», «*...d'une maladie ou de autres incapacités ou troubles physiques ou mentaux...*»). El marco general de protección se encuentra recogido, básicamente, en el artículo 16 del IV Convenio de Ginebra (1949) al incluir a los *inválidos* entre los merecedores de la protección prevista para los heridos, los

enfermos y las mujeres en cinta. Aunque de forma más relevante en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la Protección de las víctimas de conflictos armados (1977), se hace una declaración sobre qué se entiende por personas inválidas, definiéndolas como: «Las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o *incapacidades de orden físico o mental*, tengan necesidad de asistencia o unidades medicas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad» (art. 8,a, P I).

Son muchas las referencias directas o indirectas contenidas en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales, sobre la protección a las personas con discapacidad, sin ánimo de ser exhaustivo y a modo de ejemplo, podemos señalar que a lo largo del articulado del III Convenio de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra (1949), se hacen previsiones relacionadas con la *invalidéz* que puede acompañar a los prisioneros, y se citan a los *inválidos*, enfermos mentales, ciegos..., siendo el alcance de su protección distinto en razón a sus limitaciones; estableciendo, por ejemplo, que «se concederán facilidades especiales para la asistencia a los *inválidos*, en particular a los ciegos para su reeducación en espera de repatriación» (art. 30 C.III). Otro ejemplo lo encontramos en el IV Convenio donde se determina que «las personas que no participan directamente en hostilidades... que hayan quedado fuera de combate por quedar heridas o estar enfermas, *disfunción* o cualquier otra causa, serán tratadas con humanidad» (art. 3.1 y 2, C. IV).

Capítulo V

LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DELITO. REFLEXIONES SOBRE LOS DELITOS DE DENEGACIÓN DE PRESTACIONES (ARTS. 511 Y 512 C.P.)

Antonio Luengo Nieto

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Badajoz

1. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA

En una ya añeja entrevista (que trato de mantener cotidianamente presente), planteaban al escritor Francisco Ayala la siguiente pregunta: «¿Qué salva al hombre?», y contestaba el entonces nuevo académico: «La dignidad. El que la pierde se convierte en un guiñapo, aunque siempre existe esperanza de remisión»¹.

Como certeramente explicaba Antonio Machado/Juan de Mairena: «Nadie es más que nadie. Eso quiere decir cuánto es difícil aventajarse a todos, porque, por mucho que un hombre valga, nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre»².

Al formular los principios que servirían para enjuiciar si un Derecho es justo, Karl Larenz situaba en primer lugar, como principio fundamental del que debía partir toda regulación legal, el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad, etc.) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)³.

Valgan estas tres expresivas citas para introducir una idea central: en estos delitos que analizaremos, sin perjuicio de la prohibición constitucional de discriminación

¹ «ABC» de 25 de noviembre de 1984, pág. 61.

² MACHADO, A.: «*Juan de Mairena, sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo*», 1936. Edición de Alianza Editorial, Madrid, 1981, pág. 90.

³ LARENZ, K.: «Derecho justo», pág. 57.

(art. 14 C.E.), el bien jurídico que prioritariamente debe ser protegido es la dignidad humana (art. 10.1 C.E.)

En pocos lugares de nuestro vigente Código Penal aparece una llamada tan patente a la protección de la dignidad humana como en los delitos tipificados en la recóndita Sección Primera del Capítulo IV del Título XXI. Y así, en nuestro caso, la protección de las personas con discapacidad frente a conductas discriminatorias se ubica, precisamente, bajo la significativa rúbrica «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución».

Particularmente los delitos tipificados en los artículos 511 y 512 C.P., han sido calificados como «delitos de discriminación por excelencia», y junto con el delito de discriminación laboral (art. 314 C.P.) integran el grupo de delitos de discriminación en sentido estricto, el núcleo duro de los delitos de discriminación. Si bien la doctrina mayoritaria incide en señalar únicamente como bien jurídico protegido el derecho a no ser discriminado, —la cláusula constitucional de proscripción de la discriminación— (igualdad ante la ley, art. 14. C.E.), entendemos que dichas conductas discriminatorias resultan pluriofensivas y que, junto con ese ataque al derecho fundamental del artículo 14 C.E., incluso con carácter precedente y más relevante, se vulnera la dignidad de la persona con discapacidad (como víctima), dignidad amparada por el artículo 10.1 del texto constitucional. La consideración como auténtico y más relevante bien jurídico protegido, de la dignidad humana (en estos delitos que son de resultado lesivo, y que atañen a expectativas y derechos individuales), unido, según los concretos supuestos, a la protección del libre desarrollo de la personalidad (ex art. 10.1 C.E.), e incluso a la protección del correcto funcionamiento de la actuación de los poderes y servicios públicos (junto con aquella prohibición constitucional de la discriminación) bien podría valer para salvar algunas de las dudas interpretativas en la aplicación práctica de estos preceptos penales.

Sin perjuicio de las dificultades interpretativas que plantea la todavía vigente redacción de esos preceptos (en especial, las críticas de la doctrina en el supuesto del art. 512 C.P.), la importancia de los bienes jurídicos tutelados y la gravedad de tales conductas discriminatorias —máxime cuando pudieran provenir de funcionarios públicos o de particulares encargados de un servicio público y no tratándose de cualesquiera servicios o prestaciones, sino sólo de aquellas a las que tiene un derecho reconocido la persona con discapacidad perjudicada—, justifican la tipificación y persecución penal de las mismas.

Por ello, sin perjuicio del carácter de «ultima ratio» del Derecho Penal, debemos discrepar de posturas utilitaristas que critican la inclusión en el Código Penal de

estos delitos bajo el argumento de la ausencia de proliferación de supuestos de estas características que pudieran justificar la intervención del Derecho Penal⁴. Igualmente, y sin perjuicio de la finalidad de prevención general de la norma penal, no compartimos posturas favorables a un uso ejemplificador del Derecho Penal en esta materia, expuestas durante la tramitación parlamentaria del Código Penal de 1995⁵.

Ciertamente, mucho hemos avanzado en el ámbito de las solemnes declaraciones contra la discriminación de las personas con discapacidad y en la aceptación y reconocimiento cotidianos por parte de los conciudadanos, pero, al menos en el plano de la efectividad de nuestra normativa administrativa y, sobre todo penal, cabe plantearse una modesta reflexión, no tanto desde una perspectiva dogmática, sino más bien de propuesta de política criminal y de crítica constructiva. Contamos con una de las legislaciones antidiscriminatorias, sobre el papel, más completas de Europa, pero escasamente aplicada en la práctica, y no sólo por una mayor sensibilización social que conlleva una disminución de casos, sino posiblemente, y en lo que respecta a las normas penales, por una inadecuada redacción de los tipos penales, pese a la amplia panoplia de los mismos en nuestro Código Penal y a la heterogeneidad de las causas de discriminación así perseguidas.

No postulamos una huida hacia el Derecho Penal en esta materia, pero la desesperanzadora y escasa aplicación práctica de la normativa sancionadora administrativa (Ley 49/2007) derivada de la LIONDAU (Ley 51/2003) y su dispar desarrollo autonómico, —como primera barrera de protección frente a conductas discriminatorias—, deberían llevarnos a considerar un replanteamiento de la redacción de los artículos 511 y 512 del vigente Código Penal que permita salvar las dificultades en su posible aplicación práctica, de respuesta penal frente a las conductas discriminadoras

⁴ LANDA GOROSTIZA, J., en su artículo «Discriminación punible en el ámbito del servicio público», incluido en el libro *Delitos contra la Administración Pública*, edición a cargo de Adela ASÚA BATARRITA. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997, págs. 397 y ss.

⁵ Así, por el entonces diputado de IU, Diego LÓPEZ GARRIDO, quien postulaba que era «importante que aparezca este precepto en el Código Penal como elemento de disuasión a quienes llevan a cabo estas conductas (poniendo como ejemplo la negativa de un particular a vender un piso a un negro), como elemento pedagógico y como símbolo de que este Código Penal es profundamente antirracista».

La «Asociación Jueces para la Democracia» propugnó un tratamiento similar de estos delitos de discriminación en sus «Observaciones críticas al Proyecto de Código Penal de 1992» (Cuadernos de Política Criminal, n.º 49. Madrid, 1993): «...Es cierto que la tipificación penal no va a terminar por sí misma con la discriminación racial, pero también lo es que la inclusión de un tipo de conductas en el catálogo de hechos delictivos refleja los valores de una sociedad, y ejerce un importante papel simbólico al equiparar dichas conductas con aquellas que la sociedad considera dignas de represión penal...».

más graves. Las situaciones de crisis económica, de carestía y desempleo, como la que vivimos, suelen ser caldo de cultivo para el resurgir de grupos extremistas imbuidos en ideas de supremacía racial y de xenofobia. Como desgraciadamente acredita la Historia, tales ideologías llevan aparejada la consideración discriminatoria de la persona con discapacidad como un ser de valor social inferior... Debiendo, bien al contrario, ser considerada la persona con discapacidad como «dignus inter pares», y ante la alta probabilidad de rebrote de ese tipo de conductas discriminatorias por el resurgimiento del fenómeno racista, se hace preciso mantener y mejorar la hipotética respuesta penal frente a las mismas.

Aunque el Código Penal no es el instrumento más importante para «avanzar en el camino de igualdad real y efectiva» (expresión ésta que se recoge en la Exposición de Motivos del vigente de 1995), bien puede contribuir a esa tarea.

Si el legislador de 1995 inició una reforma penal del derecho a no ser discriminado (que incluía como nueva causa de discriminación la cometida por razón de la minusvalía de la víctima, reforma del C.P. ya introducida en Francia años antes por Ley 90/1990), posiblemente se haya dejado pasar una oportunidad de avanzar en la regulación protectora del derecho a no ser discriminado en la reciente reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010. Aunque se haya legislado con buenas intenciones —más allá de correcciones terminológicas y de formas agravadas por la vulnerabilidad de la víctima, con discapacidad—, se mantiene la complejidad de estos preceptos, lo cual genera no pocas dificultades caso de ser preciso aplicarlos frente a conductas discriminatorias (v. gr., contra personas con discapacidad), pudiendo ello sugerir un uso puramente «cosmético» del Derecho Penal por nuestros legisladores en esta materia.

Así, en la reciente reforma penal —respecto de la persona con discapacidad como víctima—, se ha dado nueva redacción a la agravante genérica contemplada en el artículo 22.4.^a C.P., aludiendo ahora a «...la enfermedad que padezca o su discapacidad», con lo que se distingue claramente entre ambas y se sustituye el inadecuado término «minusvalía». Igualmente, y según proponía el informe del CERMI, se recogen figuras agravadas —cuando la víctima sea una persona con discapacidad— en el artículo 177 bis, apartado 4.º (delito de trata de seres humanos), en la circunstancia tercera del artículo 180, apartado 1 C.P. (delito contra la libertad sexual), en el artículo 607, apartado 1 (delito de genocidio) o en el artículo 607 bis, apartado 1.1.º C.P. (delitos de lesa humanidad).

Sin embargo, no se adapta la terminología de distintos tipos penales a las exigencias derivadas de la Convención de Naciones Unidas, manteniéndose referencias al «incapaz» en los delitos tipificados en los artículos 187.1 y 5 y 188.2 C.P. (prostitu-

ción y corrupción de menores), 287 (delitos relativos al mercado y a los consumidores) ó 318 bis apartado 2 C.P. (delitos contra los derechos de los trabajadores) e igualmente se mantiene la alusión a «minusvalía» precisamente en estos delitos de discriminación en sentido estricto (arts. 511, 512 y 314 C.P.). Tal discordancia con la correcta terminología resulta aún más llamativa luego de la reciente publicación y entrada en vigor de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de numerosas leyes españolas, de inferior rango normativo a aquella ley orgánica de reforma del Código Penal.

Pero, fundamentalmente, el legislador en esta reforma operada por L.O. 5/2010 no se ha hecho eco de las serias objeciones técnicas planteadas por la doctrina a la todavía vigente redacción de los artículos 511 y 512 C.P., que posteriormente analizaremos.

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La doctrina mayoritaria entiende por discriminación la diferencia de trato basada en ciertas características o peculiaridades que distinguen al sujeto discriminado del modelo de referencia, pero que no guardan relación objetiva con el trato desigual⁶ ni lo justifican.

Así, siguiendo a Rodríguez Yagüe, cabe entender por «discriminación» cualquier diferencia de trato, consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos de una o más personas por razón de su pertenencia a un grupo concreto y tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad⁷.

Como bien expone Carlos Eroles, «discriminar no siempre es un acto perverso, realizado con el propósito de dañar a alguien (...) la simple invisibilidad, el no tener en cuenta al otro o el desconocer las normas legales vigentes son formas activas de discriminación...»⁸. Siguiendo la perspicaz observación de Luis G. Bulit, la discriminación hoy se pone de manifiesto más que en forma activa, de manera implícita. Se discrimina desde el lenguaje, en las barreras arquitectónicas y comunicacionales, en el trabajo incumpliendo normas legales que amparan el empleo, en el transporte, en la cultura popular que sigue practicando el prejuicio y la indiferencia (...). En pocas

⁶ Cit. de GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código Penal*, pág. 1224.

⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., en *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*.

⁸ Citado por BULIT GOÑI, L. G.: en «El concepto político-jurídico de discriminación en los derechos humanos de la discapacidad». Revista *El Derecho*, 14-12-2010. Buenos Aires.

palabras, nadie quiere discriminar, pero son muchos los que discriminan, cohonestando sus acciones u omisiones con distintos argumentos⁹.

En materia penal, debemos sin embargo ceñirnos a aquellas conductas que, por su mayor lesividad frente al derecho a no ser discriminado, sitúan a la persona perjudicada en una posición de inferioridad respecto al resto. Desde el punto de vista que proponemos, con cada uno de esos actos discriminatorios frente a derechos individuales se produce también una negación de la dignidad de la persona discriminada.

No siendo todas las conductas discriminatorias activas, como anteriormente se expuso, nuestro legislador penal parece haber obviado la importancia en esta materia de la normativa administrativa y laboral que recoge disposiciones de discriminación positiva (así, a favor de las personas con discapacidad), y cuya inobservancia —por omisión o bajo alegación o pretexto de desconocimiento en el caso de funcionarios o asimilados encargados de la prestación del servicio público (ex art. 24 C.P.)— planteará casos en la práctica. Analizando asimismo otros supuestos cotidianos, bien pudiera haberse recogido una expresa referencia a conductas denegatorias omisivas por silencio administrativo, junto a la apreciación en estos tipos penales de la exigencia sólo de un dolo de consecuencias necesarias en casos en los que la discapacidad física o psíquica del perjudicado sea patente, notoria, y de las circunstancias concurrentes no quepa deducir otra motivación para la denegación que esa causa de discriminación. Resulta problemática la tipificación de una conducta por imprudencia grave del funcionario público (como sí sucede respecto de otros bienes jurídicos que no estimamos de mayor valor que el aquí protegido), no estando recogidos en la norma penal supuestos de omisión culposa y grave de quien ostenta posición de garante respecto de la persona con discapacidad discriminada, y resultando de este modo también la atipicidad de no pocos supuestos reconducidos al ámbito del error vencible.

3. DENEGACIÓN DISCRIMINATORIA DE UNA PRESTACIÓN O SERVICIO DE CARÁCTER PÚBLICO

Artículo 511 C.P.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público

⁹ *Ibidem*, también recogido junto con las conclusiones de las Jornadas, «Las personas con discapacidad intelectual y el sistema penal», en *Documentos Fundación Aequitas*.

por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Bien jurídico protegido

Como expusimos, la doctrina mayoritaria estima que el bien jurídico que se pretende tutelar es el derecho constitucional a no ser discriminado. Entiendo que, debiendo superar la consideración de ese derecho como el mero envés del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.), es preciso buscar la fuente de dicha igualdad entre ciudadanos, la cual se encuentra en la dignidad humana, también reconocida constitucionalmente (art. 10 C.E.), y que sin perjuicio de aquel derecho a no ser discriminado es el auténtico bien jurídico, el primero en ser lesionado en estos delitos de discriminación en sentido estricto (delitos de denegación discriminatoria de prestaciones —arts. 511 y 512 C.P.— y el delito de discriminación laboral —art. 314 C.P.—).

En apoyo de esta apreciación, cabría señalar que nos hallamos en estos delitos de discriminación, fundamentalmente, ante ataques a bienes jurídicos personales, individuales (a salvo la mención como posible sujeto pasivo en el art. 511.2 C.P. a «asociación, fundación o corporación», que no excluye a renglón seguido la alusión a «o contra sus miembros»). El derecho constitucional a la igualdad cabe invocarlo también respecto de esos colectivos de personas, en tanto que la dignidad humana es un bien jurídico individual. Cada comportamiento discriminatorio supone un acto de exclusión social, sí, pero persona a persona en cada uno de los sujetos pasivos afectados. La conducta discriminatoria conlleva una lesión (resultado) del derecho —individual— del sujeto al disfrute, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, de los derechos y libertades que le son garantizados (derecho a no ser

discriminado, art. 14 C.E.), pero, en primer término, con la conducta discriminatoria —y antes ya de producirse ese resultado lesivo— se minusvalora al sujeto pasivo, se le excluye socialmente, se le sitúa en un plano de consideración inferior, en definitiva, se vulnera su derecho a que sea respetada su dignidad como persona (art. 10 C.E.).

La consideración de la dignidad humana como bien jurídico protegido —por la propia naturaleza de derecho irrenunciable de la misma—, excluiría además cualquier alegación de eficacia justificativa de la discriminación por el consentimiento del afectado.

Proponemos igualmente otra matización, siguiendo la distinción de Kaufman entre discriminación genérica y discriminación propia. Así, podrían distinguirse los casos de mera discriminación —por acceso en condiciones desfavorables o por no aplicación de las más favorables ahora legisladas (discriminación positiva, administrativa o laboral)—, casos en los que se vulnera la prohibición de discriminación del art. 14 C.E., de aquellos otros supuestos de exclusión, de abierta negativa al acceso al servicio público o a la prestación a que se tiene derecho, en los que cabría considerar como principal bien jurídico vulnerado la dignidad humana (art. 10 C.E.)

Con carácter secundario, algunos autores como Bueno Arús¹⁰ estiman que con estos delitos se trata de proteger el correcto funcionamiento de la actuación de los poderes públicos, en tanto que la acción típica consistiría en un incumplimiento de los deberes específicos contraídos con el Estado por parte de personas vinculadas por una relación administrativa de sujeción especial (funcionarios públicos o particulares encargados de un servicio público).

Aun cuando estos comportamientos discriminatorios sin duda afectan al modelo de convivencia constitucional e inciden en la intolerancia, como bien señala Lorenzo Copello¹¹ debemos rechazar la consideración de bienes jurídicos supraindividuales para estos concretos delitos de discriminación, tales como el orden público o la paz social (como sucede en el parágrafo 130.1 del StGB, Código Penal alemán, del que parece derivarse nuestro art. 510 C.P.), bienes jurídicos insatisfactorios por su vaguedad, siendo además muy difusa la hipotética vulneración de los mismos por estas conductas contra derechos y expectativas individuales. Como segundo bien jurídico protegido por estos tipos penales, propone dicha autora el modelo de convivencia plural y multicultural trazado por la Constitución, garante de la ideas de pluralismo,

¹⁰ BUENO ARÚS, F.: «La discriminación racial y el Código Penal español», en *Actualidad Penal*. 1994-I.

¹¹ LAURENZO COPELLO, P.: *Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado...*, pág. 4.

tolerancia y respeto a las diferencias¹², no obstante tratarse de un bien jurídico de carácter colectivo.

Sujetos

Nos encontramos ante delitos especiales impropios, con los problemas de autoría y participación que ello comporta.

Sujeto pasivo de estos delitos sólo puede serlo la persona titular del derecho a recibir la prestación denegada. Ahora bien, ello se formula en el artículo 511 C.P. planteando dos modalidades de una misma figura delictiva. Y así, de una parte, ese sujeto pasivo (en nuestro caso, la persona con discapacidad) puede ser víctima del delito tanto de forma individualizada (art. 511.1.º C.P.) como a título personal en tanto que integrante de una persona jurídica atacada por el comportamiento discriminatorio (art. 511.2.º C.P.). De otra parte, se contempla la posibilidad de una «víctima colectiva» (asociación, fundación, sociedad o corporación, ex art. 511.2.º C.P.) con independencia de que tal ataque se haya dirigido a todos sus miembros o afecte sólo a algunos de sus componentes.

El que deba tratarse sólo de quien tenga derecho a esa prestación denegada, obligará (tipo penal en blanco) a integrar el mismo con las correspondientes normas reglamentarias que rijan esa actividad.

Las dificultades interpretativas aparecen al tratar de precisar cuáles puedan ser los sujetos activos idóneos de estos delitos. La referencia legal a «funcionario público» debe ser contemplada en los términos del artículo 24.2 C.P., debiendo ostentar esa condición en el momento de perpetrar la acción típica. Lógicamente, debe tratarse además de funcionario con competencia para otorgar la prestación que sin embargo deniega, y no de cualquier otro.

El problema surge respecto de quiénes deban ser considerados como «los particulares encargados de un servicio público». A falta de mayor precisión legal sobre qué deba entenderse por «servicio público» (categoría sí definida en el Derecho italiano), la doctrina ha acudido a las figuras administrativas como el consorcio, la concesión, la autorización o la contratación para colaborar con la Administración en actividades públicas. Pero parece prudente seguir un criterio restrictivo, como propone Rodríguez Ramos, referido sólo a aquellos casos en que una disposición normativa defina como «servicio público» la concreta actividad administrativa encomendada a ese particular.

¹² LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, pág. 241.

Aunque el tipo penal aluda «a particular encargado de un servicio público», si éste fue encomendado a una persona jurídica, parece admisible la posible determinación de autoría y responsabilidad penal conforme a lo dispuesto en el vigente artículo 31 C.P., al igual que en el caso de decisión de denegar una prestación tomada en el seno de un órgano colegiado de una persona jurídica.

Muñoz Conde critica esta limitación en el artículo 511 C.P., restringiendo la autoría «al particular encargado de un servicio público», pues como acertadamente expone, caben muchos supuestos prácticos de un particular que, sin estar encargado de un «servicio público», puede estar obligado a realizar prestaciones importantes e incluso insustituibles, cuya denegación incida en discriminación también¹³. Con la actual regulación —y siendo mayor el desvalor de la acción— sólo cabría una tipificación atenuada de esas conductas discriminatorias, conforme al artículo 512 C.P. como mera actividad privada.

Frente a la opinión de autores como Bernal del Castillo o Carbonell Mateu, entendemos que en el artículo 511 C.P., sí cabría la incriminación de partícipes (por ejemplo, de los dependientes finalmente encargados de atender la concesión administrativa otorgada a un particular), pues más allá del otorgamiento del encargo «formal» de la actividad de servicio público, cabría atender a quien lo realiza y desarrolla materialmente, y siendo igualmente «particulares» son ellos los que con su intervención lo desempeñan «de facto». Ahora bien, la defectuosa redacción señalada, limitaría la punición de partícipes a aquellos «dependientes del particular encargado de un servicio público» que sigan sus instrucciones (pudiendo apartarse de tal encargo, que es ilegítimo por ser discriminador, no pudiendo además invocar «obediencia debida» los mismos). Igualmente cabría la incriminación de los dependientes que voluntariamente actúen inducidos por aquel «encargado del servicio público». Los restantes supuestos —posiblemente los que serían más probables: empleado o dependiente que, actuando por su cuenta y al margen del correcto funcionamiento del servicio público, discrimina al perjudicado impidiéndole el ejercicio de su derecho o de su acceso al servicio público—, atendidos los términos literales del precepto quedarían fuera del mismo, resultando penalmente atípicos, lo cual resulta censurable.

¹³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 13.^a edición, pág. 782.

Conducta típica

La conducta penalmente relevante consiste en una omisión («denegar»), por parte del funcionario público o del particular encargado, de la conducta que debiera realizar para que la persona perjudicada hubiera podido acceder a esa prestación o servicio, ejercitando su derecho, que de este modo se le cercena. Se trata por tanto de delitos de omisión propia, independientemente de cómo se exteriorice y llegue a conocimiento del beneficiario de la prestación esa denegación.

Habiendo querido el legislador adelantar la barrera de protección frente a la vulneración de los bienes jurídicos protegidos, estamos también ante delitos de mera actividad: la consumación se produce por el mero acto de la denegación de aquella prestación a la que tenía derecho el perjudicado. Si de la decisión denegatoria resultan otras consecuencias lesivas (por ejemplo, un menoscabo de la salud o un perjuicio patrimonial), cabe apreciar un concurso ideal de delitos. Respecto de formas imperfectas de comisión, Bernal del Castillo se decanta por la posibilidad de tentativa por la intervención de un tercero (v.gr., superior jerárquico que reforma o corrige el parecer denegatorio —por motivos discriminatorios— del sujeto activo, y así dentro del plazo administrativo legal permite al solicitante/sujeto pasivo acceder a la prestación)¹⁴. Entiendo, sin embargo, que el supuesto que plantea es sólo una «posibilidad conceptual» (como la describe él mismo): el superior jerárquico normalmente sólo podrá intervenir dentro de los cauces del procedimiento administrativo y raramente de oficio (es decir, intervendrá atendiendo una queja o un recurso del solicitante discriminado o de algún colectivo o asociación). Igualmente, cabe objetar que si se conoce el sentido de la decisión del subordinado (denegar la prestación pese al derecho de la persona discriminada) será normalmente porque media una resolución o un acto expreso (por ejemplo, comunicación verbal al afectado), y el delito estará consumado, aunque no se agote merced a la rectificación luego realizada por el superior jerárquico. Otras formas de constancia (v.gr., comentarios a otros funcionarios) en su caso serían objeto de otras conductas penales, pero no de éstas (de resultado lesivo y mera actividad), por incidir más bien en motivaciones internas o en expresión de ideologías discriminatoras o en conductas injuriosas.

Con todo, y al igual que sucedía con el término «servicio público», aquí la expresión «denegar una prestación a la que tenga derecho» resulta también imprecisa, confusa. Estimo que por «denegar» (y tratándose de delitos de omisión propia) cabe entender incluso supuestos de silencio administrativo.

¹⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*. Editorial Comares, 1998, págs. 109 y 110.

Tal «prestación» constituye en sí el objeto material sobre el que recae la conducta típica de denegación. La falta de definición del concepto o de concreción de sus límites, permite entender por prestación cualquier cosa o servicio que, en estos casos, el titular del derecho deba recibir de alguno de los sujetos activos antes señalados, en virtud de disposición administrativa. Nuevamente (norma penal en blanco) deberemos acudir en cada supuesto a la concreta normativa legal reguladora de la prestación o del ejercicio del derecho, o de la expectativa de derecho.

Igualmente, en tanto que no debe identificarse el trato discriminatorio con el trato desigual, cabe tanto la posibilidad de que, acudiendo a las normas para integrar el tipo penal, resulte jurídicamente discutible el derecho del solicitante/sujeto pasivo a la prestación, contemplando la norma legal la posibilidad para el funcionario de aplicar esa denegación (justificada).

Debiendo mediar una relación de causalidad entre la denegación de la prestación o del acceso al servicio público y la motivación discriminatoria del sujeto activo (por alguna de las causas legalmente enumeradas), quedarían fuera de esta conducta típica aquellos casos en que la denegación de la prestación se debe a otra motivación o móvil (v.gr., por razón de enemistad o por simple comodidad del sujeto activo, como en el caso analizado en la SAP de Baleares de 30-12-2000).

La casuística recogida en la Jurisprudencia resulta escasa. El único fallo del Tribunal Supremo en la materia alude a la negativa del dueño de una empresa de venta de coches a vender un vehículo por pertenecer el comprador a la etnia gitana (STS 29-9-1998). El supuesto más frecuente viene dado por impedir la entrada a un pub o discoteca por razón de la pertenencia del sujeto pasivo a una etnia o raza determinada (SAP de Alicante de 11-6-1999, SAP de Barcelona de 4-9-2002 ó SAP de Valencia de 3-6-2003), conducta también realizada respecto de personas con discapacidad (v.gr., SAP de Valencia de 6-3-2010 ó 30-7-2009). En no pocas ocasiones, las dificultades probatorias para acreditar la concurrencia de motivación discriminatoria en el proceder del sujeto activo hacen que desgraciadamente estas conductas sólo se persigan penalmente como conductas vejatorias o de injurias de obra.

Elemento subjetivo (dolo)

La motivación discriminadora constituye el elemento subjetivo, y específico, del tipo penal. Nos encontramos ante delitos dolosos «per se». Ciertamente, en tanto que motivación interna del sujeto activo, las dificultades probatorias de ese dolo van a constituir el principal escollo en la práctica para la perseguibilidad de estas conductas.

Perteneciendo al juicio interno del autor cuál sea su motivación para cometer el delito, y a falta de una exteriorización de la misma (por ejemplo, a través de insultos, o de expresiones en que se aluda a determinadas características del discriminado para denegarle la prestación o el servicio público), habrá que acudir a prueba indiciaria (vid. STS de 26-11-2006), con importantes problemas probatorios en la jurisprudencia menor a la hora de deducir e interpretar esas posibles motivaciones internas.

Especial cuidado debemos poner en no aproximarnos al denominado Derecho Penal de autor y tratar de deducir esa motivación discriminadora, en un caso concreto, de la ideología manifestada en otras ocasiones por el autor. Supondría adentrarnos en un terreno valorativo ajeno al respeto a elementales principios procesales.

Ahora bien, la apreciación mediante esos indicios de la concurrencia de una motivación discriminatoria, por sí sola no integra el dolo específico exigido por el tipo penal, y que debe alcanzar además al conocimiento de las cualidades personales del sujeto pasivo (de las que trae causa la discriminación) y el conocimiento por el sujeto activo de su obligación legal o reglamentaria de permitir acceder al ejercicio de la prestación.

El que en los supuestos que nos ocupan de discriminación por razón de discapacidad del perjudicado, en la mayoría de los casos el padecimiento físico o psíquico generador de aquélla pueda resultar patente, notorio, o bien fácilmente deducible por el sujeto activo al tener que acompañar la persona con discapacidad determinada documentación (médica o administrativa, certificados de valoración y reconocimiento de grado de discapacidad o simplemente, tarjeta específica de estacionamiento o carné de pertenencia a un colectivo de personas con discapacidad, etc.) para poder acreditar el derecho a la prestación o la posibilidad de acceso al servicio público en las condiciones más favorables actualmente reconocidas, podría permitir hablar en hipótesis de un dolo de consecuencias necesarias cuando quepa descartar por las circunstancias concurrentes cualquier otra motivación aparente en el sujeto activo para denegar el ejercicio de ese derecho a la prestación. Hipótesis ésta que no es contemplada por la doctrina mayoritaria.

La exigencia de ese elemento tendencial específico (motivación discriminadora) no permite la existencia de formas culposas. Resultarían así penalmente atípicas, no obstante la importancia de los bienes jurídicos protegidos en juego, conductas que bien podrían darse en la práctica, como las omisiones cometidas por personas que tengan una posición de garante respecto de la persona con discapacidad discriminado (tutor, director de una institución pública o privada de protección o acogimiento de personas discapacitadas, letrado o funcionario de organismo tutelar público, etc.) y que con un obrar culposo y grave (v.gr., por dejación de las funciones encomendadas

o inherentes a su cargo) permitan que se produzca la discriminación que podrían haber impedido.

Penalidad

Algún autor como Bernal del Castillo¹⁵ considera que podrían conculcar el principio de proporcionalidad las penas previstas en el artículo 511 C.P., por no establecer una correlación con la naturaleza de la prestación ni con la importancia del derecho del beneficiario. Debemos discrepar de esa objeción, siendo así que esta respuesta penal ya está reservada precisamente a los comportamientos más graves (importantes, si se prefiere) en relación con la lesividad respecto de los bienes jurídicos protegidos.

Igualmente, discrepamos de la objeción que plantea en relación con la imposición de pena privativa de libertad y su alcance. Entiendo que estamos ante un grave ataque a bienes personales esenciales (dignidad humana y proscripción de la desigualdad), y la relevancia de los mismos justifica ese reproche punitivo, que por lo demás permite la posibilidad de aplicación del beneficio de suspensión de ejecución del fallo condenatorio.

La no imposición a los particulares (así en el art. 512 C.P.) de pena de inhabilitación especial, tampoco la compartimos, pues dejaría limitada la sanción penal, según parece proponer, a una pena pecuniaria, la cual podría resultar incluso menos gravosa que las sanciones económicas previstas en la legislación administrativa para comportamientos discriminatorios menos graves. En el caso de los funcionarios públicos, la dosimetría de la pena de inhabilitación especial no nos parece tan severa, comparada con el alcance que puede tener en figuras en ocasiones emparentadas como la prevaricación administrativa, siendo de aplicación preferente, por su especialidad, el artículo 511 C.P., que recoge una inhabilitación menos grave.

Son posibles los casos de concursos de delitos (concurso ideal) cuando de la denegación discriminatoria resulte un resultado lesivo específicamente tipificado (v.gr., menoscabo para la salud —omisión del deber de socorro por profesional sanitario, art. 196 C.P. o perjuicio patrimonial). Igualmente, podemos plantearnos supuestos de concursos de normas (por ejemplo, con el delito de prevaricación, art. 404 C.P., cuando la resolución arbitraria es adoptada precisamente con injusto «fundamento» en alguna de las causas de discriminación), concurso a resolver conforme al princi-

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 110.

pio de especialidad a favor del delito de denegación discriminatoria de prestaciones (art. 511 C.P.).

4. DENEGACIÓN DISCRIMINATORIA DE UNA PRESTACIÓN EN EL ÁMBITO PROFESIONAL O EMPRESARIAL

Artículo 512 C.P.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un periodo de uno a cuatro años.

La doctrina aborda este delito con cierta polémica y afán crítico. Se discute la conveniencia de la tipificación penal de estas conductas (apelando al principio de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal), así como se considera una intromisión injustificada en el ámbito de la autonomía de la voluntad en actividades privadas (profesionales o empresariales), señalando que por aplicación del principio de subsidiariedad bien cabría el castigo de esas conductas mediante sanciones civiles o laborales.

Se aparta de esa línea doctrinal Muñoz Conde, para quien este precepto viene a cubrir alguna de las lagunas planteadas en la tipificación en el artículo 511 C.P., a actuaciones discriminatorias cometidas por particulares (allí, solamente los encargados de un servicio público). Aporta este autor una perspicaz distinción según las actividades profesionales o empresariales se dirijan sólo a un concreto cliente o al público en general. En el primer caso, y no habiendo contratado aún esos servicios profesionales, señala que es difícil apreciar la existencia del derecho a esa prestación que requiere el delito de discriminación, en tanto que en el segundo, al referirse al público en general parece que cualquier ciudadano puede tener legítimo derecho a esa actividad del profesional o empresario¹⁶.

No comprendemos la aparente contradicción de la doctrina al apelar a la autonomía privada para censurar la tipificación de la denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito profesional o empresarial (art. 512 C.P.), cuando por

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 783.

el contrario no formulan objeciones al castigo de comportamientos discriminatorios similares en el ámbito laboral (art. 314 C.P.), también por particulares (empresarios o empleadores), siendo igualmente privado dicho ámbito.

Podría entenderse que entran en conflicto la exigencia a los particulares del respeto al derecho a no ser discriminado con la autonomía privada de esos mismos ciudadanos. Ahora bien, dicho conflicto cabe superarlo en tanto que no se trata de cualesquiera servicios profesionales, sino sólo de aquellos a los que tiene un derecho el sujeto pasivo. Ese tipo de actividades profesionales, por su trascendencia social, no obstante ser ejercidas por particulares y en un ámbito privado, suelen estar controladas o supervisadas administrativamente y legalmente reguladas, lo que permitiría salvar la alegación del principio de intervención mínima, al existir también un interés general o público en el correcto desarrollo de esas actividades.

El tipo penal presenta un elemento que limita la aplicación del mismo (por lo que respetaría también así aquella intervención mínima): nuevamente, no se trata de cualesquiera servicios profesionales a los que pueda acceder genéricamente el sujeto pasivo, sino que tiene que mediar un derecho del particular a esa prestación, una expectativa legal a obtenerla. Se respetan, por tanto, las reglas del libre mercado dentro de la autonomía de la voluntad de esos profesionales y empresarios privados.

En Derecho Comparado cabe citar el precedente de los tipos de discriminación, más amplios, regulados en el nuevo Código Penal francés sin similar contestación doctrinal. Así, el artículo 225-2 contempla los supuestos discriminatorios en el ejercicio de actividades económicas cometidos por particulares, en tanto que el artículo 437-2 alude a la comisión de discriminación por una autoridad pública o por el encargado de un servicio público, poniendo trabas al ejercicio de una actividad económica cualquiera o negando los beneficios que se derivan del ejercicio de un derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*. Ed. Comares. Granada, 1998.
- CARBONELL MATEU/VIVES, A.: «Capítulo IV, Título XXI» en *Comentarios al Nuevo Código Penal*. T II. 1996.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «La sanción penal de la discriminación; especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo», en el *Cuaderno de Derecho Judicial del C.G.P.J. «Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado»*. Madrid, 1996.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho Penal y la discriminación*. Valencia, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1986.

LANDA GOROSTIZA, J.: «Discriminación punible en el ámbito del servicio público», en *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997.

LAURENZO COPELLO, P.: «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», en el *Cuaderno de Derecho Judicial del C.G.P.J. «Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado»*. Madrid, 1996.

— «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX. Santiago de Compostela, 1996.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español», en Revista «*Dos mil-tres mil*», n.º 11. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.

— *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código Penal*. Ed. Bomarzo, 2007.

Capítulo VI

LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y TEMPORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA FOMENTO DEL EMPLEO

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la UAM
Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Abogado, Socio de Roca Junyent.

*...discapacidad, palabra retadora
que obliga a ser, a no rendirse
a crear estrategias innovadoras
a reinventar el mundo cada día...*

(Versos del poema editado en internet,
bajo el nombre de «Amelita», el 12 de noviembre de 2008).

1. LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Las personas con discapacidad tienen amplias expectativas de incorporación al mercado de trabajo, que los poderes públicos están obligados a promover por todos los medios a su alcance. En el derecho español no es esta una cuestión de solidaridad social y de sentido común, únicamente, sino una exigencia constitucional impuesta por el artículo 39 CE, con la que hay que vincular los diversos regímenes laborales aplicables al trabajo dependiente y por cuenta ajena de los trabajadores con discapacidad. En síntesis, tales regímenes son dos:

- 1.º) Un régimen laboral común, aplicable a los trabajadores con discapacidad en igualdad de condiciones respecto de los restantes trabajadores. Se rige por lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (LET) y en las leyes y

reglamentos laborales complementarios, así las Leyes 13/83, 51/03 y 49/07. Se trata de una relación laboral común, concertada, por lo que aquí importa, entre el trabajador con discapacidad y una empresa de titularidad privada o pública con las singularidades que regula el RD 1451/83.

- 2.º) Un régimen laboral especial, aplicable únicamente a los trabajadores con discapacidad, regulado por el RD 1368/85, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2.1.g) LET. Se trata de una relación laboral especial concertada entre el trabajador con discapacidad y, necesariamente, uno de los denominados centros especiales de empleo, regulados a su vez por los RRDD 2273/85 y 290/04.

La relación de trabajo concertada entre las personas con discapacidad y los centros ocupacionales, regulados por el RD 2274/85, no es propiamente una relación laboral, al no adaptarse a los presupuestos de laboralidad del artículo 1.1 LET, sino enderezarse a buscar, exclusiva o prioritariamente, la reinserción social de la persona con discapacidad.

2. Con referencia exclusiva a las relaciones laborales en sentido estricto, comunes o especiales, la contratación del trabajador con discapacidad puede llevarse a cabo por medio de un contrato indefinido o temporal, a tiempo completo o a tiempo parcial, y en régimen ordinario o para fomento del empleo. De manera que las combinaciones entre esos seis elementos, tomados dos a dos, son múltiples y se reflejan en la gran riqueza de supuestos de que conoce la realidad social, muy estudiada ya por la doctrina española¹. Por ello, las siguientes páginas se ocupan solamente del contraste entre el régimen jurídico de la contratación indefinida para fomento del empleo y el régimen jurídico de la contratación temporal para fomento del empleo de las personas con discapacidad, denunciando la disparidad irrazonable de criterios aplicable a los efectos que sobre esos contratos producen las bajas en la plantilla de las empresas empleadoras. Una disparidad que perjudica gravemente la expectativa de empleo de aquellos trabajadores, por lo que debe ser objeto de una rápida reforma legal unificadora bajo el modelo de la contratación indefinida.

¹ Son imprescindibles las obras de referencia siguientes: PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi/Thomson Reuters, 2009; DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Tratado sobre discapacidad*. Prólogo de María Emilia CASAS BAAMONDE. Thompson/Aranzadi, 2007; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Fundaciones Largo Caballero, ONCE, Ortega y Gasset y Biblioteca Nueva, 2005; ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*. MTAS, 1999; DE LA VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Derecho al trabajo de los minusválidos*. Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 3.ª ed., 1991.

2. LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA PARA FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

1. Desde la primera versión de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), de 1980, la contratación laboral indefinida se erige en paradigma legal del ordenamiento español (arts. 15.1, párrafo primero; 15.5; 15.7; 43, etc.), configurándose las modalidades de contratación temporal como simples excepciones a la regla (arts. 14.1; 15.1.a), b) y c); 15.2; 17.3, etc.). Ninguna de las numerosas reformas posteriores a la LET —antes o después de la refundición de 1995— ha modificado ese respectivo papel asignado a la contratación laboral indefinida (regla general) y a la contratación laboral temporal (excepción).

Poco tiempo después de 1980, el RD 1445/82 regula estímulos económicos a la contratación indefinida, con la exigencia de que el empleador mantenga al contratado un mínimo de tres años, de manera que esa contratación suponga un incremento de la plantilla igual al del trabajador subvencionado. De otro lado, se impide el acceso a los beneficios económicos a las empresas que *«en el plazo de un año anterior a la contratación hayan amortizado puesto de trabajo por expediente de regulación de empleo o por despido declarado improcedente por sentencia de Magistratura de Trabajo o por conciliación ante el IMAC»* (art. 36.1) y se dispone que los incumplimientos a esas reglas determinan la obligación de reintegrar las cantidades percibidas [art. 35, c), párrafo segundo].

El RD 3239/83 establece incentivos para fomentar la contratación indefinida de trabajadores mayores de 45 años. Se impone al empresario la obligación de *«mantener la plantilla de trabajadores fijos... durante, al menos, 3 años. Si durante ese periodo se produjera el cese del trabajador... deberá sustituirse por otro trabajador con contrato indefinido... si la empresa incumpliese estas obligaciones deberá reintegrar al Tesoro el importe de la subvención percibida y/o abonar a la seguridad social las cuotas dejadas de ingresar»* (art. 2.2). Por otro lado, se impide el acceso a los beneficios económicos a la empresa que... *«en el año inmediatamente anterior a la contratación... haya amortizado algún puesto de trabajo por expediente de regulación de empleo, excepto los motivados por fuerza mayor, o despido declarado nulo o improcedente por sentencia firme o reconocido como tal en acto de conciliación»* (art. 3).

La Orden de 21 de febrero de 1986 establece un programa de apoyo a la creación de empleo indefinido para mujeres menores de 25, o mayores de esa edad en actividades y oficios en los que esté subrepresentada (art. 14), exigiendo para acceder a los beneficios económicos el aumento neto de la plantilla, y entendiéndose por tal la

no extinción de contratos de trabajo, el año anterior a la contratación, por expediente de regulación de empleo o despido declarado improcedente.

La Ley 22/1992 —precedida por el RDL 1/92— aprueba un programa público de fomento de la contratación indefinida de trabajadores desempleados, cuando el contrato estimulado suponga un incremento respecto a la plantilla fija del año natural anterior. No obstante, el contrato estimulado no es cualquier contrato indefinido sino solo los que se concierten con determinadas personas (jóvenes, mayores de 45 años y mujeres paradas de larga duración o en actividades subrepresentadas). Además, no pueden acogerse a sus beneficios los empresarios que, en el año natural anterior a la fecha de la contratación, hubieran reducido plantilla fija por despido declarado judicialmente nulo o improcedente o reconocido como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas o por la causa objetiva del artículo 52.c) LET. Sin embargo, el artículo 4, párrafo final, considera no reducida la plantilla por dichas causas cuando, con anterioridad a la contratación objeto de los beneficios, se hubiera procedido a la cobertura de vacante mediante la celebración de un contrato de trabajo de la misma naturaleza que el extinguido. En todo caso, la empresa adquiere el compromiso de mantener la plantilla de trabajadores fijos al menos durante tres años, y, si se produce el cese de algún trabajador, el compromiso de cubrir la vacante en el plazo de un mes, mediante un contrato indefinido de al menos la misma jornada que el sustituido (art. 5).

Estos criterios se reproducen en las posteriores disposiciones legales destinadas a estimular la contratación indefinida ordinaria, resultando ocioso su detalle. Pero resulta insoslayable la mención de la última de ellas, la Ley 35/10, cuyo artículo 10.1 a 3 se destina a bonificar las cuotas de las empresas que, hasta el 31 de diciembre de 2011, contraten indefinidamente y en régimen ordinario a ciertos trabajadores desempleados con especiales problemas de empleabilidad, o transformen contratos temporales anteriores en contratos indefinidos que, salvo las referidas a los contratos de relevo... *«supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa»* (art. 10.5, párrafo primero), disponiendo el párrafo segundo que para calcular dicho incremento... *«se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación»*... Excluyéndose del cómputo... *«los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba»*. A su vez, el artículo 10.6 de la Ley 35/10

impone diversas exigencias, así la de... *«mantener, durante el periodo de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada»* (párrafo primero). Y cuando se produzca disminución del empleo fijo... *«las empresas estarán obligadas a cubrir dichas vacantes en los dos meses siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido»* (párrafo tercero). Por lo demás... *«el incumplimiento por parte de las empresas de las obligaciones establecidas en este apartado dará lugar al reintegro de las bonificaciones aplicadas sobre los contratos bonificados, celebrados al amparo de este artículo, afectados por el descenso del nivel de la plantilla fija que se alcanzó con esas contrataciones»* (párrafo cuarto).

2. La más innovadora disposición legal del Gobierno Aznar es, sin duda, el RDL 8/97, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, cuya novedad principal consiste en la incorporación al ordenamiento español de un nuevo contrato indefinido —junto al tradicional contrato indefinido «ordinario»— que, para distinguirlo de este se calificó de «indefinido para fomento del empleo». Paralelamente, el RDL 9/97 regula incentivos en materia de seguridad social y en materia fiscal para el fomento de esta submodalidad de contratación indefinida a favor de una mayor estabilidad en el empleo. Ambas normas excepcionales se convierten meses después en las Leyes 63/97 y 64/97.

Este contrato indefinido para fomento del empleo solo puede celebrarse con desempleados que tengan dificultades de inserción en el mercado de trabajo, prohibiendo celebrarlo, además, a la... *«empresa que en los doce meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/97, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo»* (DA 1.ª 5) y salvo... *«cuando la realización de los contratos haya sido acordada con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas previsto en el apartado 4 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores»*.

Muy relevante, a los efectos de este trabajo, es esa «prohibición legal de celebrar el contrato», una novedad que desborda todas las regulaciones precedentes, que se contentaban con sancionar las infracciones cometidas en la contratación con la pérdida del derecho a las bonificaciones. Pero a la altura de 1997, el contrato inde-

finido ordinario sigue siendo la regla deseable y el contrato indefinido de fomento del empleo es solo un mal menor destinado a ampliar el nivel de estabilidad de los trabajadores, acotando así el extenso campo de la contratación temporal. De ahí que el incumplimiento de la prohibición legal de contratar en los casos de referencia anula el contrato celebrado *contra legem* y lo convierte *ipso iure* en un contrato indefinido de régimen ordinario.

Por su lado, la complementaria Ley 64/97 aprueba un programa de estímulos económicos a los contratos indefinidos celebrados con determinadas personas, sin delimitar expresamente las dos submodalidades de contratación indefinida, ordinaria y para fomento del empleo. Para la percepción de dichos beneficios se establece una serie de exigencias. De ese modo, los estímulos no se perciben por aquellos trabajadores que... «en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido» [art. 4.c)], ni por aquellos otros trabajadores que... «hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de 3 meses previos a la formación del contrato» [art. 4.d)]. En virtud de estas exclusiones, en el caso de que los beneficios se perciban sin reunir los requisitos exigibles para ello, procederá la devolución de los mismos, sin perjuicio de la sanción que proceda por la infracción cometida (art. 7).

La Ley 50/98 dedica la DA 43.^a a regular un programa de fomento de empleo para la contratación indefinida de personas con dificultades de inserción en el mercado de trabajo. El apartado tercero, 2 de aquella, preceptúa en su párrafo primero que... «las empresas que hayan extinguido o extingan, por despido declarado improcedente, contratos bonificados al amparo de la presente norma y del RDL 9/97, de 17 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de seguridad social y de carácter fiscal para el fomento y la estabilidad en el empleo y de la Ley 64/97, de 26 de diciembre, quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las ayudas contempladas en la presente disposición. La citada exclusión afectará a un número de contratación igual al de las extinguidas». En su párrafo segundo aclara que «el periodo de exclusión se contará a partir de la declaración de improcedencia del despido». Asimismo, las percepciones indebidas deben ser reintegradas con el recargo correspondiente, sin perjuicio de las sanciones que procedan por la infracción (apartado sexto).

La Ley 55/99 regula, en su artículo 28, el programa de fomento del empleo con ayudas para quienes contraten indefinidamente a ciertos trabajadores con dificultades para la inserción o a personas en situación de exclusión social. En el apartado cinco, número 2 se dispone que... «las empresas que hayan extinguido o extingan, por despido declarado improcedente, contratos bonificados al amparo de la presente

norma y del RDL 9/07... y de la Ley 54/1997... así como de la Ley 50/98... quedarán excluidos, por un periodo de doce meses, de las ayudas contempladas en la presente disposición. La citada exclusión afectará a un número de contrataciones igual al de las extinguidas. El periodo de exclusión se contará a partir de la declaración de improcedencia del despido»...

La Ley 12/01 introduce diversas modificaciones en materia de contratación laboral, una de las cuales (DA 1.^a 5) consiste en la reducción a 6 meses del plazo de 12 que había establecido la Ley 63/97 para limitar la celebración de los contratos indefinidos para fomento del empleo.

En lo demás, el artículo 8 incorpora leves modificaciones en los preceptos similares de disposiciones anteriores, prescribiendo ahora que... *«las empresas o entidades que hayan extinguido o extingan, por despido declarado improcedente o por despido colectivo, contratos bonificados al amparo de la presente norma y del RDL 9/97... y de la Ley 64/97..., así como de la Ley 50/98... de la Ley 55/99... y de la Ley 4/00... quedarán excluidos por un periodo de doce meses de las bonificaciones contempladas en la presente disposición. La citada exclusión afectará a un número de contrataciones igual al de las extinguidas. El periodo de exclusión se contará a partir de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo».*

Sin alteraciones posteriores de relevancia se llega a la Ley 43/06, precedida por el RDL 5/06. La nueva norma de exclusión se contiene ahora en el artículo 6.2, conforme al cual... *«las empresas que hayan extinguido por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados, quedarán excluidas por un periodo de doce meses de las bonificaciones establecidas en este programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo».* Con el mismo alcance general, el artículo 9 regula el reintegro de los beneficios, imponiendo no sólo el recargo correspondiente sino, además, los intereses de demora, según las normas recaudatorias de la seguridad social, todo ello sin perjuicio de la sanción que pueda proceder por la infracción cometida. El artículo 10 amplía estímulos económicos para la contratación indefinida de jóvenes (entre 16 y 30 años) y desempleados (mayores de 45 años), pero su apartado 5 lo condiciona... *«a que las nuevas contrataciones o transformaciones... supongan un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa».* Se establecen criterios para calcular ese incremento, tomando como referencia el promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos en el periodo de los 90 días anteriores a la nueva contratación o transformación, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa

el sumatorio de los contratos indefinidos que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Se excluyen del cómputo los contratos indefinidos que se hubieran extinguido en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba. Por su parte, el artículo 10.6 obliga a las empresas a mantener, durante el periodo de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada. Pero no se considera incumplida tal obligación si se producen extinciones de contratos indefinidos en dicho periodo por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, o durante el periodo de prueba. Añadiendo que en el supuesto de producirse extinciones de contratos indefinidos por otras causas y cuando ello suponga disminución del empleo fijo, las empresas estarán obligadas a cubrir dichas vacantes en los dos meses siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevos trabajadores con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera el trabajador cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido.

3. La disposición legal vigente sobre la contratación indefinida como medida de fomento del empleo es el artículo 3 de la Ley 35/10, por la que se da nueva redacción a la DA 1.^a de la Ley 12/01, modificando a la vez la reforma que había introducido en aquella el artículo 10 de la Ley 43/06; DA 1.^a que vuelve a retocarse, respecto de la transformación de contratos temporales en el indefinido para fomento del empleo, por el reciente RDL 10/11. La novedad que aquí importa consiste en extender la fórmula contractual de indefinición especial a cualquier trabajador, independientemente de su edad. Pero la DA 1.^a, 5, párrafo primero, sigue manteniendo la prohibición de utilizar el contrato indefinido para fomento del empleo en ciertos casos, de modo que... *«no podrá concertar el contrato para el fomento de la contratación indefinida al que se refiere la presente disposición la empresa que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos indefinidos ordinarios por causas objetivas declaradas o reconocidas como improcedentes o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a la cobertura del mismo puesto de trabajo afectado por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo».*

Añadiendo el párrafo segundo del mismo apartado 5 que... *«esta limitación no será de aplicación cuando las extinciones de contratos se hayan producido con anterioridad al 18 de junio de 2010 ni cuando, en el supuesto de despido colectivo, la realización de los contratos a los que se refiere la presente disposición haya sido*

acordada con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas previsto en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores».

Sin entrar en su estudio, deben citarse algunas sentencias del orden contencioso-administrativo sobre las limitaciones a la percepción de beneficios por la contratación para fomento del empleo².

4. De la exposición precedente se deduce que, en el ámbito de la contratación indefinida ordinaria la única preocupación del legislador ha sido la de condicionar el derecho a los beneficios económicos de estímulo al mantenimiento de esa contratación, aceptando por ello mismo la sustitución de un trabajador indefinido cesado por otro trabajador contratado por tiempo indefinido. Hubiera resultado absurdo establecer prohibiciones a la celebración de estos contratos indefinidos que son el ideal o paradigma del ordenamiento español, por lo que las consecuencias de las posibles irregularidades cometidas en el mantenimiento del empleo, defraudando las expectativas del legislador, no podían ser otras que las relativas a la pérdida y reintegro de las ayudas indebidamente percibidas por la empresa, sin perjuicio de sancionar administrativamente la infracción legalmente tipificada.

Pero la actitud del legislador frente al contrato indefinido para fomento del empleo es bien distinta, porque tal submodalidad contractual nace como un sucedáneo improvisado por el Gobierno y los interlocutores sociales, en 1997, tratando de salir al paso de la galopante precarización del empleo. La verdad es que el éxito no ha acompañado a esta figura porque las empresas han hecho muy moderado uso de ella y si se ha mantenido junto a la submodalidad de contrato indefinido de régimen común es porque ha facilitado la transformación en indefinidos de ciertos contratos temporales, lo que todavía recibe un nuevo aliento con el artículo 4 del RDL 10/11. El ya amplio periodo transcurrido desde la reforma del régimen jurídico del contrato indefinido para fomento del empleo, en junio de 2010, confirma que sus posibilidades de una gran utilización futura por las empresas son prácticamente descartables. Nada tiene, pues, de extraño, que el legislador haya aplicado a esta submodalidad «especial» un régimen bien distinto del aplicado a la contratación «general» u ordinaria. De tal modo que desde la primera regulación, en el año 1997, el legislador sí adopta el criterio de prohibir la utilización del contrato indefinido de fomento del empleo cuando considera que el contrato que debió utilizarse por la empresa no era ese contrato, sino el indefinido ordinario, habida cuenta del despido, o los despidos,

² Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 2000 (R.º 2952/1996, JUR 2001/174979) y de Murcia, de 1 de diciembre de 2006 (R.º 1226/2003, JUR 2007/323933) y 7 de diciembre de 2006 (R.º 1134/2003, JUR 2007/323878).

realizados en la empresa en un periodo temporal anterior, que primero fue de 12 meses y actualmente es solo de 6 meses.

La confrontación de los términos en los que se dispone la prohibición de utilizar por la empresa el contrato indefinido para fomento del empleo, con los términos en los que esa misma prohibición se dispone en la única modalidad subsistente de contratación temporal para fomento del empleo —la contratación de trabajadores con discapacidad, a la que se alude en el siguiente epígrafe C)—, lo único que permite descubrir es la existencia de considerables diferencias de tratamiento normativo, pues en el primer supuesto no solo se acorta el tiempo de exclusión (que deja de ser de 12 meses, para reducirse a 6 meses), sino que se requiere que los despidos improcedentes en tal periodo afecten a trabajadores que ocupen el mismo puesto de trabajo, en el mismo centro de trabajo, condicionamientos estos eliminados en el contrato temporal para fomento del empleo de las personas con discapacidad. O, dicho más sintéticamente, que los criterios más favorables, que permiten una zona de compatibilidad entre los despidos improcedentes anteriores y la contratación posterior estimulada, cuando ese contrato posterior es un contrato indefinido para fomento del empleo, no son en absoluto aplicables, como de inmediato se dirá, al caso en que el contrato posterior es un contrato temporal para fomento del empleo, y ello aunque el trabajador contratado disponga de la condición de persona con discapacidad.

3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL PARA FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

1. La primera norma que desarrolla las prescripciones genéricas de la LET/80 es el RD 1327/81, sobre programas de empleo para trabajadores con discapacidad. Se conceden subvenciones y bonificaciones a las empresas que los contraten por tiempo indefinido (art. 1) y a jornada completa (art. 2). Se establece como exigencia que las empresas beneficiarias mantengan «*la estabilidad en el empleo*» por un tiempo mínimo de 3 años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estos trabajadores y, en caso de despido procedente, o de extinción del contrato por causas objetivas, deberán sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad, beneficiándose entonces solamente de la bonificación en la cuota de la seguridad social por los sustitutos. Esta regulación se repite literalmente en el RD 1445/82, respecto de la misma contratación indefinida de régimen común y a tiempo completo de personas con discapacidad (arts. 24 a 29).

Tratándose de contratación indefinida ordinaria no puede extrañar la inexistencia de vinculación entre contrato posterior y otros anteriores contratos extinguidos por despido improcedente.

Sin duda, la disposición legal más importante sobre la protección a las personas con discapacidad es la Ley 13/82. Pero por lo que atañe a la contratación de aquellos, la norma se contenta con meras declaraciones de carácter general sobre el fomento del empleo de estos trabajadores... «*mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral*» (art. 38.4), particularmente a través del empleo selectivo en empresas de régimen común (art. 40).

El RD 1451/83, regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, manteniendo la filosofía de estimular únicamente la contratación indefinida ordinaria a tiempo completo. El compromiso de estabilidad al menos durante 3 años, y la obligación de reintegro se mantienen como antes, cambiando levemente el precepto que prohíbe al empresario... «*despedir sin causa justificada a estos trabajadores y, en caso de despido procedente, deberán sustituirles por otros trabajadores minusválidos, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación de la cuota de seguridad social por los sustitutos*» (art. 10). El RD 1451/83 ha sido parcialmente derogado por la Ley 43/06, cayendo a partir de entonces las bonificaciones de las cuotas de esa contratación indefinida dentro del programa de medidas de impulso de la contratación indefinida.

De 1994 a 1997 la contratación temporal estimulada de las personas con discapacidad sigue el régimen común de los programas de empleo para otros trabajadores con dificultades de acceder al mercado de trabajo libre, si bien en este caso no se requiere el requisito previo de ser beneficiario de prestaciones de desempleo ni el de haber estado inscrito durante determinado periodo como demandante de empleo (art. 44 de la Ley 42/94, DA 5.^a del RDL 12/95 y DA 6.^a de la Ley 13/96). Esta DA 6.^a fue parcialmente derogada por la DD b) de la Ley 63/97 y la DD, 2 de la Ley 64/97, excepto para los trabajadores con discapacidad. Lo característico de estas normas consiste en que, tras la derogación del importante RD 1989/84 —sacrificado en 1994 para satisfacer el maximalismo sindical, pese a los grandes servicios prestados al empleo en tiempos de crisis—, dejan abierta la posibilidad excepcional del contrato temporal para fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad, excepción que se irá prorrogando de año en año hasta la Ley 43/06.

La DA 5.^a de la Ley 45/02, inaplica las subvenciones y modificaciones respecto de los trabajadores con discapacidad que, en los 24 meses anteriores a la fecha de contratación, prestasen servicios en la misma empresa o grupos de empresas mediante un contrato por tiempo indefinido, o en empresas a las que el solicitante haya sucedido por imperio del artículo 44 LET.

2. La DA 1.^a de la Ley 43/06 dedica sus ocho apartados a la regulación del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad. Esta modalidad

superviviente de contratación temporal para fomento del empleo, se sitúa entre los 12 y los 36 meses, por tramos preceptivos de uno (12 meses), dos (24 meses) o tres (36 meses) años. La prohibición de contratación se contiene en el apartado 4 de aquella DA 1.^a, en los siguientes rotundos términos de su párrafo primero... *«no podrán contratar temporalmente al amparo de la presente disposición las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo»* (párrafo primero). Añadiendo en el párrafo segundo que... *«el periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo»*.

Los beneficios o ayudas económicas a las empresas que contraten trabajadores con discapacidad para fomento del empleo se regulan en la propia DA 1.^a y en otros preceptos de la misma Ley —algunos de ellos modificados por la posterior Ley 35/10— son las subvenciones a tanto alzado y las bonificaciones de las cuotas de seguridad social.

Respecto de las subvenciones, la DA 1.^a, 5 dispone que... *«a estos contratos les será de aplicación la subvención establecida en el artículo 12 del Real Decreto 1451/83, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/82, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos»*, subvenciones que el apartado 6 de la misma DA 1.^a extiende al supuesto de transformación de los contratos temporales de fomento del empleo en contratos indefinidos. No existe en la Ley 43/06 precepto alguno que regule la pérdida del derecho a este beneficio, lo que tampoco se encuentra en el RD 1451/83, en el que parece que la subvención se devenga por la simple celebración del contrato (art. 7.1), aunque tratándose de contratación indefinida se exige una duración mínima de duración de tres años (art. 10, párrafo primero), cuyo incumplimiento sí determina la obligación de reintegro de lo indebidamente percibido (art. 10, párrafo segundo). Por su lado, las bonificaciones de las cuotas de la seguridad social se someten a lo dispuesto en el artículo 2.2, 4) y 5) y 2.3 de la Ley 43/06, distinguiendo el precepto diversos supuestos según la condición de la persona con discapacidad y de su empleador, resolviendo el artículo 6.2 que... *«las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de doce meses de bonificaciones establecidas en este Programa. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento de la declaración*

de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo». Y el artículo 9.1 completa tal regulación obligando al reintegro de las bonificaciones indebidamente obtenidas... «*con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de seguridad social*». Aunque tampoco sobre estos particulares se cuenta con jurisprudencia sistemática, en la doctrina judicial se localizan algunas sentencias de interés del orden jurisdiccional social³.

Dicho cuanto precede, obligado es tachar la normativa de rígida en exceso, seguramente porque la ley que la contiene corresponde a un momento histórico en el que se apuesta por fomentar la contratación indefinida, con postergación de la temporal, incluso la contratación temporal de los trabajadores con discapacidad, lo que trae consigo las siguientes consecuencias:

- 1.^a) Existe una prohibición regulada en términos contundentes que no deja apenas margen alguno para la interpretación judicial flexible, al vincular de modo estricto y directo cualquier despido de trabajador indefinido, anteriormente reconocido o declarado improcedente, con posteriores contratos temporales de fomento del empleo de personas con discapacidad, cuya puerta queda, pues, herméticamente cerrada.
- 2.^a) Es absolutamente indiferente, por tanto, la organización empresarial más o menos compleja, con un único o una pluralidad más o menos amplia de centros de trabajo, pues el despido improcedente de un trabajador indefinido en cualquiera de ellos, opera como motivo impositivo de la contratación posterior de un trabajador con discapacidad en régimen de fomento del empleo durante el periodo de exclusión de 12 meses.
- 3.^a) Son asimismo irrelevantes las circunstancias resultantes de la comparación de las características de los puestos de trabajo o de las categorías profesionales de los trabajadores sujetos a contraste, el improcedentemente despedido y el temporalmente contratado con posterioridad.
- 4.^a) No puede operar tampoco, como argumento neutralizador de la prohibición, la posible creación neta de empleo a cargo de la empresa ni la inexistencia probada de efecto alguno de sustitución de empleo estable por empleo precario.

³ Son las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha, de 16 de julio de 1997 (R.º Supl. 760/1997, AS 1997/3478); de Canarias/Las Palmas, de 12 de febrero de 1999 (R.º Supl. 24/1999, AS 1999/5473) y 31 de enero de 2007 (R.º Supl. 899/2006, JUR 2007/155688); y de Asturias, de 29 de mayo de 2009 (R.º Supl. 578/2009, JUR 2009/290721).

- 5.ª) Todo lo cual significa, dicho resumidamente, que los criterios interpretativos recaídos respecto del RD 1989/84, para la contratación temporal a causa, o respecto de la DA 1.ª de la Ley 43/06, para la contratación indefinida de fomento del empleo, son exportables a este campo de la contratación temporal de trabajadores con discapacidad para fomento del empleo.

3. Las consecuencias de incumplir la prohibición de contratación contenida en el apartado 4 de la DA 1.ª de la Ley 43/06, son las tres que se han venido diferenciando históricamente, a saber, la invalidez del contrato en cuanto contrato temporal, la tipificación de una infracción administrativa grave y la pérdida de algunos de los beneficios de estímulo reconocidos:

- a) El incumplimiento de la prohibición genera un acto nulo por imperio de lo establecido en el artículo 6.3 C.c. Pero lo que es nulo es el acto de incumplir la prohibición legal, lo que significa que el contrato temporal celebrado no pierde validez, aunque no la desempeñe respecto del mismo sino en cuanto contrato indefinido ordinario, con adicional soporte en los artículos 9.1 y 15.1 y 3 LET. El cese, por tanto, por transcurso del término pactado, o del máximo autorizado, con denuncia previa, del trabajador con discapacidad, contratado temporalmente para fomento del empleo, no puede reconducirse a la causa extintiva del artículo 49.1.c), sino a la causa extintiva del artículo 49.1.k) LET, por lo que la indemnización a la que se tiene derecho no es la del apartado 3 de la DA 1.ª de la Ley 43/06, sino las dos del artículo 56.1.a) y b) LET. Ahora bien, esta conclusión no autoriza a declarar nulo el despido y ello aunque la conducta de la empresa sea calificada como fraudulenta ex artículo 6.4 C.c., pues en el derecho vigente no se admite el despido nulo por actos fraudulentos del empleador, sino sólo por las causas tasadas de los artículos 55.5 LET y 108.2 LPL.
- b) El incumplimiento de la prohibición del apartado 4 de la DA 1.ª de la Ley 43/06 determina, a su vez, la tipificación de la infracción grave recogida en el artículo 7.2 del RDLeg. 5/00, a la que corresponderá una sanción económica grave, en las cuantías establecidas en el artículo 40.1.b) del propio cuerpo legal, según el grado mínimo, medio o máximo que se imponga y prevalezca tras los recursos que, en su caso, se presenten contra el acto administrativo inicial o contra el acto o actos administrativos que lo confirmen.
- c) El incumplimiento de la prohibición lleva además aparejada la pérdida del derecho a las bonificaciones de las cuotas de la seguridad social que pudieran haberse percibido y, por consiguiente, la obligación de su reintegro, incrementadas en su importe por los recargos e intereses de demora que procedan

conforme a las normas recaudatorias del sistema de seguridad social. Cabe entender, contrariamente, que las subvenciones percibidas por la celebración del contrato no siguen el mismo régimen a falta de norma explícita que así lo establezca, pues en definitiva la subvención significa un apoyo al hecho mismo de la contratación y al empleo desarrollado dentro de los límites mínimo y máximo de duración del contrato celebrado.

4. LA ACTUAL DISPARIDAD DE CRITERIOS Y LA NECESARIA UNIFICACIÓN DE LOS MISMOS, BAJO EL MODELO LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

1. Las conclusiones que preceden, respecto del contrato temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad, obligan a acometer una reforma legal que reduzca la actual dureza frente a la regulación aplicable al contrato indefinido para fomento del empleo. Sin tal reforma, se perjudica gravemente a las empresas y entidades que, con numerosísima plantilla y altos porcentajes en ella de trabajadores con discapacidad, no pueden evitar que anualmente se produzcan algunos despidos que, a la postre, puedan ser calificados de improcedentes. Porque debe advertirse la sinrazón que supone, en una empresa de más de 20.000 trabajadores, por ejemplo, que la declaración de improcedencia del despido de uno solo de ellos, impida la contratación temporal de un trabajador con discapacidad para fomento del empleo durante el periodo de exclusión de doce meses, resultando entonces que los mayores perjudicados son las personas con discapacidad que podrían ser contratados y dejan de serlo por impedirlo así la ley.

2. La oportunidad de la reforma no puede ser más favorable, pues han cambiado considerablemente las circunstancias económicas y sociales que presenciaron la promulgación de la Ley 43/06, cuando la fortísima crisis que afecta ahora a toda la Unión Europea —y con particular dureza al empleo en España— no se había manifestado todavía. Eran tiempos en los que se entendía imprescindible fomentar la contratación indefinida, restringiendo paralelamente los resquicios existentes para la contratación temporal, lo que se refleja, por lo que aquí importa, en la rigurosa redacción de la DA 1.^a de aquella Ley, especialmente en su apartado 4. Pero las circunstancias han cambiado y el propio legislador ha entendido que siquiera transitoriamente ha de relativizarse la búsqueda de la estabilidad a favor del empleo, de lo que es buena muestra el RDL 10/11 y su artículo 5 en particular. Es este, por tanto, es buen momento de replantear la apertura de la vía para la contratación temporal de las personas con discapacidad, para los que es muy importante, sin duda, la contratación indefinida, pero mucho más todavía la contratación laboral en

sí misma, con la finalidad prioritaria de rebajar los escandalosos porcentajes de paro —sociológico y jurídico— que castigan a ese colectivo de trabajadores.

Un buen marco renegociador del contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad podría ser, probablemente, el de la Estrategia Global de Acción para el Empleo con Personas con Discapacidad 2008-2012, que el Gobierno se ha comprometido a poner en marcha antes del mes de junio de 2012 (DA 24.^a de la Ley 35/10), para revisar el RD 1368/85 —sobre la relación laboral especial entre las personas con discapacidad y los centros especiales de empleo—, pero también para adoptar otras medidas favorecedoras de la empleabilidad de un colectivo tan necesitado de atención singularizada.

3. El contenido de la reforma está perfectamente identificado y remite a la imprescindible modificación del actual tenor literal del apartado 4 de la DA 1.^a de la Ley 43/06. Teóricamente la reforma del precepto puede hacerse con alcances bien distintos y con muy distintas redacciones, siendo en cambio común denominador de todas las opciones imaginables la necesidad de relativizar el efecto de la prohibición actual de contratación, proyectada inconvenientemente a la política global de empleo de aquellas entidades que, cual la ONCE, contraten habitualmente a un alto número de trabajadores con discapacidad.

De entre todas las opciones posibles parece más razonable la que se limitara a exportar al campo de la contratación temporal para fomento del empleo de personas con discapacidad, el régimen legal actualmente en vigor en el campo de la contratación indefinida para fomento del empleo, en los términos literales de la DA 1.^a, apartado 5, párrafo primero de la Ley 35/10, unificando con ese precepto el actual tenor de la DA 1.^a, apartado 4 de la Ley 43/06.

Esta sería la reforma menos improvisada de cuantas cabe imaginar puesto que ya está legalmente establecida por el legislador para la contratación de trabajadores pertenecientes incluso al colectivo de adultos entre 30 y 45 años, sin ninguna afectación de discapacidad o de otra condición que determine dificultades de acceso al mercado de trabajo, por lo que con mucho mayor fundamento debería extenderse, en cuanto fórmula favorecedora del empleo, a los trabajadores con discapacidad, que sí pertenecen a un colectivo rechazado por el mercado de trabajo libre.

4. Sin la reforma legal que se propone es muy improbable esperar efectos similares en sede judicial, bajo la flexible pauta interpretativa de la adecuación social, que permite el artículo 3.1 C.c., dada la rotundidad de los términos en que aparece establecida la prohibición del apartado 4 de la DA 1.^a de la Ley 43/06, que hace difícilmente trasladables a este supuesto de hecho los criterios flexibles acogidos en

su día por la jurisprudencia social respecto del RD 1989/84⁴. Porque frente a esos argumentos cargados de buen sentido siempre existirá el alto riesgo de hacer que prevalezca la norma especial anterior (referida en este caso a los trabajadores con discapacidad contratados temporalmente para fomento del empleo) sobre la norma general posterior (referida a todos los trabajadores, con discapacidad o no, cuando sean contratados, asimismo para fomento del empleo, pero mediante un contrato de trabajo indefinido).

BIBLIOGRAFÍA

- DE LA VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Derecho al trabajo de los minusválidos*. Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, 3.ª ed. 1991.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo», en *Los principios del Derecho del Trabajo*. AA.VV. (Dir. Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Lourdes LÓPEZ CUMBRE). Centro de Estudios Financieros, 2003.
- DE LORENZO Y PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Tratado sobre discapacidad*. Prólogo de María Emilia CASAS BAAMONDE. Thompson/Aranzadi, 2007.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi/Thomson Reuters, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Fundaciones Largo Caballero, ONCE, Ortega y Gasset y Biblioteca Nueva, 2005.

⁴ Sobre la acogida del principio de adecuación social en el artículo 3 C.c., remito a mi estudio, *El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo*. En AA.VV. (Dir. DE LA VILLA GIL, L. E. y LÓPEZ CUMBRE, L.), *Los principios del Derecho del Trabajo* (Centro de Estudios Financieros), 2003, págs. 393 y ss. En cuanto a la jurisprudencia social aludida, se trata de las importantes sentencias casacionales de 25 de mayo de 1996, 26 de mayo de 1997 y 13 de febrero de 1998.

Capítulo VII

INCLUSIÓN LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y NUEVAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE
Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

Sabemos que para comprender es preciso previamente conocer. Por ello resulta necesario presentar de forma objetiva los principales indicadores de una realidad como el trabajo humano. Las personas con discapacidad se sitúan ante éste de forma diversa, debido a una pesada herencia de prejuicios e ideas estereotipadas sobre sus verdaderas capacidades, habilidades, aptitudes y actitudes. Es obvio que el resultado es una discriminación real en el acceso al empleo y en sus condiciones de trabajo en el caso en que se obtenga un trabajo.

Una de las primeras dificultades que tenemos para conocer esta realidad es que todavía no disponemos de una batería integral y permanentemente actualizada de los datos e indicadores estadísticos sobre la actividad y empleo de este colectivo, lo que, por el contrario, sí ocurre con la población en general, gracias a la Encuesta de Población Activa. No tenemos más remedio que acudir a encuestas puntuales que, dada su complejidad y coste, se elaboran cada cierto tiempo.

Lo más reciente es la explotación de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad que ha realizado el INE en el año 2008. Según dicho estudio todos los indicadores de actividad, empleo y paro son muy desventajosos para las personas con discapacidad. En términos globales, y a diferencia de la población sin discapacidad, lo relevante para el colectivo de las personas con discapacidad es su participación (tasa de actividad) en el mercado de trabajo, no su nivel de desempleo. En 2008 tenían mucha menor participación en el mercado laboral, con una tasa de actividad del 33,5% frente al 74,9% de la población sin discapacidad, y su tasa de paro era cinco puntos superior a la de éstos últimos.

Es obvio que la crisis financiera y económica en la que nos vemos inmersos no ha podido contribuir a mejorar dicha situación.

Las situaciones de actividad presentan diferencias por sexo y edad. La tasa de empleo masculina es del 32,8%, superior en 10,8 puntos a la de mujeres. El número de personas inactivas aumenta notablemente con la edad y alcanza al 72,1% de la población con discapacidad de más de 44 años.

También, si atendemos al tipo de actividad, existen importantes diferencias: las discapacidades asociadas a deficiencias auditivas y visuales son las que presentan mayores tasas de actividad (56,9% y 45,3%, respectivamente). Por su parte, las asociadas a deficiencias mentales e intelectuales presentan las menores (19,9% y 26,9%, respectivamente).

A pesar de los esfuerzos que los sucesivos gobiernos han invertido para cambiar esta situación lo cierto es que las tasas de paro entre las personas con discapacidad siguen siendo altas, y las de empleo bajas, al igual que es comparativamente más baja la retribución de sus puestos de trabajo.

Como ha puesto de relieve un reciente estudio⁵, cuatro factores aumentan las posibilidades de que las personas con discapacidad se mantengan fuera del mercado laboral: ser mujer; tener una edad relativamente elevada; tener una discapacidad psíquica y tener una baja cualificación.

La formación es uno de los dos factores apuntados con carácter general, cuya incidencia sobre el conjunto de las personas con discapacidad resulta particularmente decisiva. Un estudio del INE del año 2002⁶ señalaba que del conjunto de personas de 16 a 64 años con discapacidades o problemas de salud, el 19,2% habían completado estudios secundarios o superiores, el 51,2% habían terminado la educación primaria o al menos sabían leer y escribir y el 7,5% era población analfabeta. Los niveles de estudios donde se observan mayores diferencias entre los colectivos con y sin problemas de salud o discapacidad (siempre la peor situación corresponde a los primeros) son los extremos, es decir, el de estudios primarios y el de estudios universitarios o equivalentes. También el porcentaje de analfabetos es drásticamente diferente, siendo sólo del 0,6% en el resto de la población.

⁵ Estudio de investigación sobre economía, discapacidad y empleo desde la perspectiva de la economía aplicada, GARCÍA LIZANA, A. y FAJARDO CALDERA, M. A. (coordinadores), ASEPELT, Investigación para la Fundación ONCE, 2008.

⁶ Módulo especial del segundo trimestre de la Encuesta de Población Activa de 2002 (EPA-2002).

Conocidos los datos, hay que diagnosticar las dificultades que ofrece la obtención de empleo por las personas con discapacidad. Los más recientes enfoques y modelos científicos que nos acercan al mundo de la discapacidad ponen un mayor énfasis sobre los derechos y menos sobre las deficiencias. Este paradigma tiene su elemento nuclear en el reconocimiento y garantía de derechos plenos en todos los órdenes de la vida: social, política, cultural. Esto ha sucedido porque las propias personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como «ciudadanos de segunda clase». Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que «discapacitaban» a las personas con deficiencias.

Nuestras sociedades se han organizado en torno al mundo de las ocupaciones y el empleo, y muchos de nuestros valores y principios morales se basan en la relación de los individuos con las actividades productivas. Disponer de un empleo supone desempeñar un rol socialmente valorado, ser reconocido como un sujeto de derechos y obligaciones, estar en el centro del círculo virtuoso del bienestar social, mientras que no disponer de empleo es un factor de marginalidad y un riesgo de exclusión social.

Como señala acertadamente la «Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad», aprobada por el Gobierno de España, hay dos factores que contribuyen en la baja tasa de empleo de este colectivo: su nivel educativo y la discapacidad sobrevenida.

Las personas con discapacidad, como se ha visto, están fuertemente concentradas en los niveles de estudio más bajos, sin que esto se relacione apenas con la propia discapacidad⁷. Las personas con discapacidad antes de entrar en el mercado de trabajo alcanzan niveles de estudio más bajos y las discapacidades que van apareciendo con el transcurso de la vida concentran a las personas con discapacidad en edades relativamente más altas dentro de la población en edad laboral, edades en las que lo normal es un nivel de estudios más bajo que en el promedio de toda la población.

La baja incorporación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo obedece a que los empresarios (salvo en los centros especiales de empleo) suelen desconocer, por prejuicios atávicos, el verdadero potencial productivo de estas personas y temen los posibles costes adicionales que conlleva la contratación de personas

⁷ Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia de 2008 (EDDES-1999).

con discapacidad, especialmente de aquellas con discapacidades más limitantes. Por otra parte, en el mundo empresarial hay un amplio desconocimiento de la variedad de ajustes para la adaptación al puesto de trabajo que existen en el mercado, y que ya no tienen por qué ser necesariamente muy caros. Finalmente puede apuntarse, como factor que perjudica la inserción laboral, la falta de especialización de los servicios públicos de empleo en materia de discapacidad y la escasa coordinación entre éstos y las organizaciones de las personas con discapacidad.

Por otra parte, existe la concepción de que las personas con discapacidad pueden desempeñar puestos de trabajo en una empresa con el mismo grado de rendimiento que el resto de trabajadores. Esta percepción, en principio positiva, puede tener consecuencias negativas, puesto que los empresarios tenderán a contratar a trabajadores con discapacidades poco limitantes. Siendo esto así, un porcentaje importante de empresas estima que las ayudas económicas y las ventajas fiscales deberían compensar esta situación.

La discriminación salarial que también se observa puede estar basada en prejuicios negativos, que pueden llevar al empleador no solo a contratar menos trabajadores con discapacidad, sino, cuando los contrata, a pagarles un salario menor por su presunta menor productividad.

Todos estos factores obligan a adoptar una estrategia específica. Ahora tenemos una oportunidad, pues a lo largo de este año se está elaborando la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual del año 2012, fruto del mandato que dio al Gobierno el Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Además, disponemos de otras normas ya en vigor, como la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Título II, capítulo III), que traspuso la Directiva 2000/78/CEE, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, recientemente, la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Desde mi punto de vista la Estrategia Española de Empleo debe tener un capítulo específico dedicado a las personas con discapacidad, que ya ha sido propuesto por el CERMI al Gobierno de España.

Los dos objetivos a lograr no pueden ser otros que aproximar progresivamente al grupo de las personas con discapacidad a las tasas de actividad, ocupación y desempleo de la población general, mejorar sus oportunidades de empleo y facilitar su acceso al empleo estable y de mayor calidad, así como el mantenimiento en el mismo.

Las principales orientaciones que deberían ser tomadas en consideración, son las siguientes:

Un primer eje transversal es «activar» a las personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres, lo que requiere vincular más las políticas de protección social (prestaciones) a la inclusión laboral y, en general, mejorar la coordinación entre las políticas de cobertura social y las de empleo.

Debe promoverse la mejora del modelo de inclusión laboral, evolucionando hacia uno de empleo en el mercado abierto y más centrado en la persona con discapacidad, en sus posibilidades y aptitudes, en su autonomía en la toma de decisiones, en los sistemas de apoyo que favorezcan su desarrollo profesional, en nuevas estructuras que permitan el tránsito por distintos itinerarios adaptados que hagan real y efectivo el derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades en el empleo.

Ha de prestarse una atención especial al fenómeno de la discapacidad sobrevenida y sus efectos sobre el mantenimiento del empleo, téngase en cuenta que el 70% de las personas con discapacidad en edad laboral se encuentra en este grupo. Debe procederse a una revisión de la normativa laboral, centrada en aquellos trabajadores que son declarados en situación de invalidez permanente y, sin embargo, pueden asignársele otra ocupación ajustada a sus nuevas capacidades. Asimismo, debe profundizarse en los mecanismos de readaptación profesional, reincorporando al mercado de trabajo al mayor número de personas con una discapacidad sobrevenida.

La cuota de empleo del 2% en las empresas de 50 o más trabajadores, así como las medidas alternativas, y los cupos de reserva en el empleo público, deben seguir siendo un instrumento fundamental e imprescindible para conseguir el objetivo de aproximar la tasa de empleo de las personas con discapacidad a la de la población en general. Para ello, deben potenciarse las acciones de sensibilización e información, pero también incrementarse las sanciones, mediante su ampliación a las accesorias de pérdida de beneficios y ayudas de empleo, a las empresas incumplidoras, y se deben intensificar los planes de Inspección, en colaboración con las Comunidades Autónomas. Deben coordinarse, también, las Administraciones Públicas para hacer efectivo el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, así como mejorar la normativa.

El empleo de los grupos y segmentos de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral, comenzando por las mujeres con discapacidad, ha de constituir un eje prioritario. Asimismo, se ha de atender las dificultades de acceso al empleo y mantenimiento en el mismo de las personas con capacidad intelectual límite reconocida, aunque no alcancen el grado del 33%, eliminando la discriminación que sufren en el acceso a todo tipo de programas y ayudas.

Es necesario que la situación y necesidades de las personas con discapacidad se consideren de forma transversal, tal y como se recoge conceptualmente en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (LIONDAU), desde la educación, en todos sus niveles, la formación para y en el empleo, el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, poniendo especial énfasis en los grupos y segmentos más expuestos a los cambios, sin olvidar aquellos en el medio rural.

El empleo no puede separarse de otros actos de la vida. Es preciso garantizar la promoción del «itinerario vital», de manera que se dé una respuesta coordinada y complementaria de actuaciones entre los distintos ámbitos y políticas: prestaciones sociales, políticas educativas, actuaciones de formación para el empleo, desarrollo de la autonomía personal, apoyos al empleo, transporte, vivienda, etc.

Si queremos que el empleo de las personas con discapacidad se proyecte hacia el futuro, debemos conectar las políticas activas de empleo con la economía sostenible, las políticas de empleo verde y medioambientales, la innovación, las nuevas tecnologías, la sociedad de la información y del conocimiento.

Todo esto no puede hacerse sin la participación de las entidades de iniciativa social y del Tercer Sector como colaboradoras de las políticas activas de empleo y, por supuesto, sin la implicación de las organizaciones empresariales y sindicales, a través de la negociación colectiva y el diálogo social.

Como se ha dicho antes, la educación y la formación son imprescindibles para mejorar las oportunidades de empleo, por lo que se ha de profundizar en la educación inclusiva de calidad, en todos los niveles, y de la formación para el empleo, tanto para personas con discapacidad desempleadas como ocupadas, que garantice la igualdad de oportunidades. El déficit persistente al respecto en el grupo de personas con discapacidad está perjudicando su acceso y permanencia en el mercado de trabajo.

Para ayudar en la búsqueda de empleo se deben definir los itinerarios de inserción de trabajadores con discapacidad de forma que sean personalizados e individualizados, y haciendo accesibles todos los procesos de intermediación laboral. Los itinerarios integran medidas de intervención y acompañamiento, tales como orientación y tutoría laboral, habituación laboral y social, formación y ayudas al empleo. Al respecto, se debe adelantar la implantación en los servicios públicos de empleo de los itinerarios individuales y personalizados de empleo en favor de las personas con discapacidad. No se entendería que no recibiera atención prioritaria uno de los segmentos de población más necesitados de atención.

Así pues, el reforzamiento de los servicios públicos de empleo, coordinados con los servicios sociales, es fundamental para mejorar el funcionamiento del mercado

de trabajo. Los demandantes de empleo con discapacidad precisan de una atención a la medida de sus necesidades específicas. Se deben establecer unidades específicas para la atención a los mismos en muchas oficinas de empleo o, al menos, que una parte de los orientadores laborales dediquen una parte de su actividad a este colectivo.

Se deberá fomentar más la colaboración especializada de las entidades de iniciativa social y del Tercer Sector con los servicios públicos de empleo.

Deben mejorar, cuantitativa y cualitativamente las ayudas al empleo, estableciendo un «Código» que recoja el catálogo de programas que se orienten a facilitar la inclusión laboral de las personas con discapacidad en un mercado abierto de trabajo.

También ha de potenciarse y reforzarse el empleo de especial protección, a través de los centros especiales de empleo y otras fórmulas tales como los enclaves laborales y el empleo con apoyo, para favorecer la movilidad laboral y profesional de sus integrantes en la totalidad del mercado de trabajo, actualizándose y renovando su marco normativo para hacerlo más eficaz.

El emprendimiento, el autoempleo y las iniciativas de economía social, así como nuevas formas emergentes de empleo, como el teletrabajo, ofrecen también muchas oportunidades que no deben desdenarse.

Pero una nueva política activa de empleo no debe limitarse a los programas tradicionales. También debe impulsarse la responsabilidad social empresarial en conexión con los artículos 35 y 39 de la Ley de Economía Sostenible, de forma que los informes anuales de responsabilidad social empresarial o los informes de gobierno corporativo contemplen medidas dirigidas a mejorar la accesibilidad e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en las empresas, incluido el cumplimiento de la cuota de reserva de empleo del 2 por 100 en favor de dichas personas, tanto en la contratación directa, como en las relaciones con proveedores y contratistas. Y la contratación pública debe ser igualmente responsable. Las Administraciones Públicas se deben comprometer a utilizar todas las posibilidades y recursos que ofrece la normativa, prohibiéndose contratar a empresas que incumplan la obligación de contar con un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad y ofreciendo contratos reservados para centros especiales de empleo.

Se debe abordar una completa revisión del marco de las ayudas de adaptación y ajustes razonables de las empresas a las personas con discapacidad para hacer efectivo el derecho al trabajo, bajo criterios tales como su ampliación a todo tipo de beneficiarios (trabajadores, empresas, autónomos...), servir de instrumento del mantenimiento del empleo de trabajadores con discapacidad sobrevenida, abrir la

posibilidad de que las persona con discapacidad puedan percibir las ayudas directamente, ampliar la tipología de las ayudas y mejorar su cuantía.

Ampliar y consolidar la participación de las personas con discapacidad (Diálogo civil) en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas de empleo, sin perjuicio del derecho que corresponde a las organizaciones empresariales y sindicales en el marco del diálogo social, es imprescindible en una sociedad que demanda y se abre a dinámicas de democracia participativa.

Finalmente, reivindicamos la participación de las personas con discapacidad en el futuro «Fondo de políticas de empleo» previsto en el Real Decreto Ley 3/2011, así como optimizar los recursos disponibles para las políticas activas de empleo en favor de las personas con discapacidad e incrementarlos cuando las disponibilidades presupuestarias lo permitan, valorizando los Fondos Estructurales y el Fondo Social Europeo y abriéndonos más al mecenazgo.

Capítulo VIII

DISCAPACIDAD Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

Miguel Loya del Río

Isabel Enríquez Matas

Mariana Samaniego González

Abogados del Despacho Garrigues

1. INTRODUCCIÓN

La protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad están íntimamente vinculadas, como no podría ser de otra manera, al reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en especial a la igualdad y no discriminación. En este sentido, el origen y principal precedente de las políticas públicas en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, y más concretamente, de aquellas medidas adoptadas en las normas de contratación pública, encuentra sus raíces en los acuerdos relativos a la protección de los derechos fundamentales y las libertades y el reconocimiento de la dignidad e igualdad de los seres humanos adoptados en instrumentos internacionales y, en particular, en el seno de las Naciones Unidas y de la Unión Europea.

El respeto a los derechos humanos, en particular el derecho a la igualdad y a la dignidad de las personas, así como la promoción del progreso social, constituyen principios fundacionales de las Naciones Unidas, recogidos en el Preámbulo de su Carta¹. En este sentido, y partiendo de dichos principios, son múltiples los instrumentos que han venido a reconocer los derechos de las personas con discapacidad, pudiéndose destacar una tendencia cada vez mayor a la promoción de su plena integración en la sociedad².

¹ Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

² Resulta especialmente relevante la aprobación por la Asamblea General de la ONU, el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con

Del análisis de los instrumentos adoptados sucesivamente se desprende que el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el seno de las Naciones Unidas ha venido evolucionando desde el primer reconocimiento de un bienestar físico o inmediato, a procurar un bienestar social complejo, dirigido a la plena integración social y a la efectividad de los derechos de no discriminación e igualdad, derechos que los Estados han venido reconociendo al ratificar los distintos instrumentos, y adquiriendo, por tanto, los compromisos establecidos en los mismos. Es de este reconocimiento internacional del que derivará la tendencia europea hacia las políticas de integración y de igualdad de oportunidades.

Al hilo de los acuerdos adoptados por las Naciones Unidas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, la Unión Europea ha venido aprobando, en el mismo sentido, distintos documentos en la materia, dirigidos al reconocimiento de los derechos de aquellas y, más en particular, a la prohibición de la discriminación.

Así, actualmente, son distintos los instrumentos que recogen esta prohibición de discriminación por razón de discapacidad con carácter general. En particular, resulta especialmente destacable la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, que recoge, en su artículo 21, el derecho a la no discriminación, *«y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»*.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa, recoge asimismo, en su artículo 10, que *«en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»*. El mismo texto, en su artículo 19, establece la posibilidad reconocida al Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo, 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»*.

Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que incluye la mención a la promoción *«del empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas»*. Mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se ha aprobado un texto positivo que incorpora a nuestro ordenamiento las previsiones de la Convención.

Con base en los principios recogidos en los anteriores documentos, la Unión Europea ha venido desarrollando políticas orientadas no sólo a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, sino a la promoción de su integración real y efectiva, procurando la implementación, con tal fin, de medidas para la mejora de las condiciones de acceso de dichas personas, a través, especialmente, de actuaciones dirigidas a sensibilizar a la sociedad acerca de los problemas que plantea la discapacidad y reforzar la participación de las personas con algún tipo de discapacidad³.

Siendo el empleo uno de los factores más decisivos para la inclusión social, como reconoce la propia Comisión⁴, la implementación de medidas dirigidas a la integración y promoción del empleo de las personas con discapacidad ha jugado un papel esencial⁵.

La aplicabilidad de dichas medidas en el ámbito del Sector Público, como recogió la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986, no ha suscitado dudas en el ámbito europeo. Por el contrario, no sólo se ha procurado dotar de mayor protagonismo a la Administración Pública como garante y como actor en la aplicación de medidas dirigidas a la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, sino que, en el ámbito de la contratación pública, se ha admitido la valoración por parte del Sector Público del cumplimiento de dichas medidas por las empresas a la hora de contratar con el sector privado.

A este respecto, resulta necesario aludir como precedente a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala cuarta) de 20 de septiembre de

³ Así, a título de ejemplo, cabe citar la Comunicación de 12 de mayo de 2000, de la Comisión Europea, titulada «*Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*», así como el «*Plan de acción de la Unión Europea en materia de discapacidad*», de 2003, surgido con el impulso del Año europeo de los ciudadanos con discapacidad, y que planteó un ambicioso enfoque hacia tres objetivos operativos: lograr la plena aplicación de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; reforzar la integración de la dimensión de la discapacidad en todas las políticas comunitarias pertinentes; y potenciar la accesibilidad para todos.

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones acerca de *igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*.

⁵ Así, cabe citar como precedente la Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986 (86/379/CEE) sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad, en que ya se recogió la recomendación a los Estados miembros para que adoptasen todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de las personas con discapacidad en materia de empleo y de formación profesional, tanto por lo que respecta al primer puesto de trabajo como a la rehabilitación y reinserción. Cabe destacar, por cuanto que fue recogido posteriormente en la normativa española, que en dicho documento se recomendó la fijación por los Estados miembros de objetivos cuantificados de empleo de personas minusválidas de empresas públicas o privadas que tengan un número mínimo de asalariados.

1988, recaída en el Asunto 31/87 («*Asunto Beentjes*»), en que el Tribunal concluyó la conformidad con el Derecho europeo de la inclusión de criterios sociales entre los criterios de adjudicación de un contrato por parte del Sector Público.

En este mismo sentido, debe citarse la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, hecha en Bruselas a 15 de octubre de 2001, en la que, a partir de anteriores pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, por un lado, se estableció la posibilidad de incluir criterios ajenos a los puramente económicos entre los criterios de adjudicación de los contratos —siempre que no tengan incidencia en los licitadores procedentes de otros Estados— y, por otro lado, se señaló, como una posible forma de fomentar la consecución de objetivos sociales, la aplicación de los mismos en las correspondientes condiciones de ejecución del contrato.

Finalmente, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Directiva 2004/18), ha venido a consagrar la intervención de la Administración Pública, a través de la contratación con el sector privado, en la promoción de la participación de estas personas en la sociedad imponiendo el deber, en la medida de lo posible, de que los poderes adjudicadores establezcan especificaciones técnicas con el fin de tener en cuenta criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios. Como veremos, dicho contenido ha sido trasladado a la normativa española de contratación pública.

Con todo ello, la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto de la Unión Europea ha evolucionado desde el reconocimiento de los derechos que les asisten, partiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación, hacia la implementación de medidas públicas que favorezcan la concienciación social respecto de sus necesidades, así como su integración y pleno acceso, en particular, también desde la contratación pública.

2. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) La actividad promotora de la Administración

La actividad de la Administración Pública en España constituye, si no el principal, sí un instrumento muy eficaz para implementar políticas públicas en muy diversas

materias. Ello se produce en prácticamente todos los sectores de la economía, en muy diversas facetas y con distintas intensidades.

Así, y a mero título de ejemplo, cabe citar el reciente «*Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo*» o Plan E, configurado como una estrategia gubernamental compuesta de un centenar de medidas de política económica, esencialmente fiscales, con la consecuente movilización de recursos públicos, para tratar de estimular la actividad económica en un contexto ciertamente desfavorable. De este modo, la Administración interviene activamente en el mercado, a través de distintos medios, con una finalidad eminentemente social.

Si la intervención de la Administración Pública viene definida por la prosecución de un interés público, la implementación de medidas dirigidas al bienestar social y a la garantía del ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos constituye el motivo que se antoja más evidente para dicha intervención.

Así lo consagra la Constitución Española que, una vez establecido, en su artículo primero, que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, en su artículo 9.2 establece que «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

De acuerdo con el referido precepto, por lo que aquí nos ocupa, no cabe duda del carácter garante y legitimado del Sector Público para promover las circunstancias que permitan la participación de todos los ciudadanos, en particular la de las personas con discapacidad, tal y como se desprende claramente del inciso de dicho artículo referente a la voluntad de «*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*».

Más particularmente, y en relación con el artículo transcrito, el artículo 49 de la propia Constitución establece 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*».

Sin perjuicio de que el lenguaje utilizado en dicho precepto haya sido superado, y afortunadamente abandonada esa limitada visión «*médica*» o «*rehabilitadora*» de la discapacidad, no cabe duda de que la inclusión de los dos artículos en el Título Preliminar y Capítulo III del Título I de la Constitución, supone un fortalecimiento y una clara apuesta por la protección de dicho derecho.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de interpretar las normas constitucionales referidas, señalando la importancia y legitimidad de los poderes públicos al actuar tratando de promover medidas favorables a la igualdad y a la no discriminación, y en particular por motivos de discapacidad. Así, cabe citar, a título de mero ejemplo, el siguiente pasaje⁶:

«[...] es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional [...] han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el artículo 9.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el artículo 49 C.E.».

No cabe duda, por tanto, de la conexión entre el mandato constitucional previsto en los artículos 9.2 y 49 con la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

b) Adopción de medidas en el ámbito de la contratación pública en España

Como hemos visto en el apartado anterior, la implementación de políticas públicas a través de la intervención administrativa, en particular en el ámbito concreto de la promoción y la protección de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos, ha sido recogida por la propia Constitución.

En este contexto, la contratación administrativa, al imponer determinadas condiciones a aquellos empresarios que pretenden constituirse en contratistas, puede constituir una herramienta útil a los efectos de intervenir en el mercado, lo que puede tener particular incidencia, como veremos, en el mercado de trabajo, en la consecución de objetivos medioambientales o en las políticas de no discriminación.

En este sentido, no puede negarse que la contratación pública supone un medio idóneo para potenciar, e incluso forzar, el cumplimiento de determinadas medidas de inserción real en la sociedad.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 269/1994, de 3 de octubre de 1994, rec. 3170/1993, La Ley 13025/1994.

Como resalta Jiménez Aparicio⁷, con cita, a su vez, de Melero Alonso, los principios rectores introducen en el contrato administrativo otros intereses públicos que trascienden del mero objeto del contrato considerado individualmente. Así, si bien tradicionalmente es el objeto del contrato lo que ha constituido el núcleo definidor del mismo y, por tanto, de su naturaleza pública, una nueva concepción de la contratación pública implica concebir la misma «*como un instrumento para llevar a cabo políticas sociales*», integrando así el conjunto de políticas perseguidas por los poderes públicos.

Sin embargo, este cambio de concepción ha supuesto ciertos retos en cuanto a la definición jurídica de la naturaleza de dichos fines sociales en relación con el propio contrato en el que se incluyen, y en particular a su rol en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, esto es, en cuanto a su caracterización bien como criterios de adjudicación, o bien como requisito de solvencia técnica de los licitadores, aspecto que no ha resultado pacífico en la doctrina.

Independientemente de su concreta caracterización jurídica, resulta evidente que la inclusión de criterios como los sociales o medioambientales en los contratos públicos viene siendo admitido, previsto en la normativa de contratación, y aplicado en los últimos años, en particular, como señalamos anteriormente, desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «*Beentjes*», que constituye un precedente esencial en la materia.

3. MEDIDAS CONCRETAS PREVISTAS EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

a) **Origen de las medidas legislativas en materia de contratación pública dirigidas a la integración de las personas con discapacidad**

Por lo que respecta a las disposiciones en materia de discapacidad, la política legislativa española de contratación pública ha mostrado una evolución, en la línea del Derecho europeo, hacia la implantación de medidas de integración social, desde la primera inclusión de una cláusula relativa a la contratación de personas minusválidas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), hasta la regulación actual.

⁷ «*Comentarios a la legislación de contratación pública*», Emilio Jiménez Aparicio (coord.), Ed. Aranzadi, 2009.

Así, la primera norma de contratación pública en recoger una disposición en materia de fomento a la contratación de personas con discapacidad fue la LCAP. La Disposición Adicional Octava de dicha norma recogía, de forma novedosa, la posibilidad de que los órganos de contratación establecieran en sus pliegos la preferencia en la adjudicación de las proposiciones presentadas por las empresas con un número de empleados minusválidos no inferior al 2 por ciento de la totalidad de sus trabajadores⁸.

La redacción de la Disposición Adicional Octava fue posteriormente modificada por el artículo único de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la LCAP (Ley 53/1999), que añadió un segundo párrafo a la misma, cuya redacción amplió el ámbito de aplicación de la preferencia en la adjudicación a los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para determinadas entidades⁹.

Esta última redacción de la Disposición Adicional Octava no sufrió modificación alguna en su introducción en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Así, el contenido de la referida Disposición Adicional Octava ha llegado hasta la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo recoge en su Disposición Adicional Sexta¹⁰, con los matices añadidos que

⁸ La redacción de dicho precepto, en vigor desde el 9 de junio de 1995 hasta el 28 de marzo de 2000, es la siguiente: «Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación».

⁹ Así, el nuevo párrafo, materializado en un apartado segundo de la Disposición Adicional Octava, establece que «en la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes».

¹⁰ Cabe destacar, a este respecto, que, del texto de la Disposición Adicional Octava de la que proviene la Disposición Adicional Sexta de la LCSP, la nueva redacción modifica la alusión a los «trabajadores minusválidos» por «trabajadores con discapacidad», así como la necesidad de que el número de trabajadores con discapacidad sea superior al 2 por 100 (la redacción

comentaremos a continuación. Además de dicho precepto, la LCSP ha incorporado dos nuevas previsiones en la materia: la Disposición Adicional Séptima, que contempla la posibilidad de reservar determinados contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad y la Disposición Adicional Vigésimo primera, relativa a la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad, que analizaremos en el apartado siguiente. Adicionalmente, a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ha introducido un nuevo artículo 70 bis en la LCSP, que establece que los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que sea obligatorio, que los licitadores cumplen con lo dispuesto en materia de contratación de minusválidos.

b) Regulación estatal en vigor

Esencialmente, la normativa principal en materia de contratación pública, en lo que nos interesa, está constituida por la LCSP y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en Sectores Especiales (Ley 31/2007) del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. No obstante, para evitar reiteraciones innecesarias y ceñirnos a los aspectos más relevantes, nos centraremos en la LCSP como ley de referencia.

La LCSP regula, de forma expresa, diversas medidas en materia de discapacidad y contratación pública. Así, no sólo ha contemplado, en su Disposición Adicional Sexta, la preferencia en la adjudicación que preveía la normativa anterior, sino que, además, ha recogido disposiciones novedosas, algunas de ellas de voluntario cumplimiento por la Administración y otras cuyo cumplimiento resulta obligatorio en el contexto de la contratación pública.

a) La Disposición Adicional Sexta de la LCSP

La Disposición que nos ocupa, en términos de Jiménez Aparicio¹¹, «*ha venido a ampliar sustancialmente el ámbito de aplicación y el contenido*» de la Disposición

anterior exigía que dicha cifra fuera «*no inferior*» a dicha proporción), así como la eliminación del término «*criterio objetivo*», que se limita, en la nueva redacción, a «*criterio*».

¹¹ «*Comentarios a la legislación de contratación pública*», JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.), Ed. Aranzadi, 2009.

Adicional Octava del precedente TRLCAP (LCAP), y recoge, en cuatro apartados, esencialmente, (i) la preferencia en la adjudicación que podrán prever los pliegos para aquellas proposiciones formuladas por empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2%; (ii) la preferencia en la adjudicación que podrán prever los pliegos para las proposiciones presentadas por empresas dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social; (iii) la preferencia en la adjudicación que podrá establecerse en los pliegos de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial a favor de proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro que reúnan determinadas características que dicho apartado señala; y (iv) la posibilidad de los órganos de contratación de señalar en los pliegos la preferencia en la adjudicación en los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para aquellas organizaciones reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo.

Así, dicha Disposición regula, por un lado, la preferencia en la adjudicación, en caso de empate entre varios licitadores, determinada por un criterio únicamente subjetivo en relación con la empresa licitadora, consistente en que ésta cuente con determinado porcentaje de empleados con discapacidad (apartados 1 y 2), y por otro lado (supuestos de los apartados 3 y 4), un criterio subjetivo consistente en el carácter de la empresa (entidad sin ánimo de lucro o entidad reconocida como Organización de Comercio Justo) al que se añade un criterio relativo al objeto del contrato, puesto que la preferencia en la adjudicación jugaría únicamente en aquellos contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial o respecto de los que exista alternativa de Comercio Justo, respectivamente.

La Disposición Adicional Sexta goza de un carácter dispositivo, que habilita a los órganos de la Administración para señalar en los pliegos la preferencia en la adjudicación. En este sentido, se ha planteado, en la práctica, la cuestión de si podría llegar a establecerse, de forma obligatoria y con carácter general, la inclusión de dicha cláusula de preferencia en los pliegos de condiciones de los contratos, lo cual ha sido descartado por la doctrina¹², por considerarlo contrario a la letra y al espíritu de la Ley. Así, dicha preferencia constituye una posibilidad de la que goza el órgano de contratación, que decide, contrato por contrato, la conveniencia de su establecimiento, que tendrá que ser previamente dispuesta en los pliegos que rijan el mismo.

¹² Así, JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.): *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Ed. Aranzadi, 2009, o los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa números 06/2003, de 20 de junio y 53/2008, de 29 de enero de 2009.

Lo cierto es que dicha Disposición no ha dejado de suscitar debate, en la medida en que hay algunos aspectos de la misma que resultan complejos desde un punto de vista jurídico. Así, por ejemplo, cabe destacar la cuestión de si dicha «*preferencia en la adjudicación*» se encuentra revestida bien de la naturaleza jurídica de criterio de adjudicación, bien de criterio de solvencia técnica o de capacidad para contratar, aspecto que ha ocasionado no poco debate doctrinal, ya desde la redacción de la LCAP de dicha Disposición.

Asimismo, tampoco resulta pacífico el aspecto relativo a la forma y momento en que habrá de acreditarse el cumplimiento del requisito de la contratación de la proporción citada de personas con discapacidad (aspecto, por otro lado, relacionado también con la naturaleza jurídica de dicha «*preferencia de adjudicación*»), que, cabe recordar, juega en caso de proposiciones que iguallen en sus términos a las más ventajosas, como criterio de desempate.

Desde un punto de vista práctico, pueden señalarse asimismo otros aspectos de la norma susceptibles de debate. Así, el hecho de que el cumplimiento del requisito de contratación de personas con discapacidad entre en juego sólo en los casos en que así se señale en los pliegos por el órgano de contratación —que no está obligado a ello— y cuando dos o más proposiciones empaten como más ventajosas, limita, en nuestra opinión, en la práctica, la efectividad de la medida.

Por otro lado, cabe plantearse asimismo qué ocurre en los casos en que, aun habiendo acreditado el cumplimiento del requisito de contratación de personas con discapacidad en el momento de acreditar la solvencia técnica de la empresa (tal y como se señala en la propia Disposición Adicional), se incumple, sin embargo, el requisito durante la ejecución del contrato, una vez adjudicado a la empresa que hubiese acreditado la contratación de un número más alto de personas con discapacidad. Sin perjuicio de que la LCSP no aclara que dicho requisito deba mantenerse durante la vigencia del contrato, no cabe duda de que el incumplimiento a lo largo de la ejecución del contrato desvirtuaría la efectividad de la medida¹³.

¹³ A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 16/2010, de 1 de diciembre, ha señalado que «*para conseguir que dicho incumplimiento operase como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato. Es cierto que el artículo 206 de la LCSP no la recoge expresamente como causa de resolución de los contratos, pero puede incluirse como tal en el Pliego en la medida en que el citado artículo permite que se incorporen como causas de resolución de un contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o el contrato*».

En todo caso, y sin perjuicio de valorar en sentido positivo la inclusión y desarrollo de dicho criterio en la legislación de contratación pública, cabe plantearse si dicha previsión resulta susceptible de mejora, no sólo con motivo de las cuestiones estrictamente jurídicas señaladas, sino, además, desde un punto de vista práctico. En este sentido, quizás sería deseable una regulación más ambiciosa que mejorase la aplicabilidad y efectividad práctica de las medidas contempladas en la Disposición Adicional Sexta de la LCSP.

b) La Disposición Adicional Séptima de la LCSP

La Disposición Adicional Séptima¹⁴ de la LCSP carece de precedentes legislativos en nuestra normativa de contratación pública, y fue introducida en el Proyecto de ley por la Ponencia del Congreso¹⁵.

El contenido tiene su origen en la normativa europea. En particular, dicha Disposición es fruto de la trasposición de la Directiva 2004/18, antes referida¹⁶.

La fundamentación de la reserva de los contratos a que se refiere la Disposición Adicional Séptima se encuentra, en particular, en el Considerando 28 de la Directiva 2004/18, que se refiere a la garantía de la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y la inserción en la sociedad, a lo que contribuyen eficazmente los «*programas de talleres y empleos protegidos*» que, sin embargo, en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos, circunstancia que pretende ser mitigada con la introducción de la reserva.

La Disposición Adicional Séptima traslada, en términos casi idénticos, el artículo 19 de la Directiva, a excepción de dos matices. Así, por un lado, la norma estatal ha concretado el término «*talleres protegidos*» utilizado por la Directiva en el de «*Centros Especiales de Empleo*», término más adecuado a la vista de lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). La propia LISMI, por otro lado, dispone que dichos Centros Especiales

¹⁴ Durante la tramitación del Proyecto de Ley de Adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Senado propuso la modificación de la Disposición Adicional, dirigida a establecer la obligación de reserva de contratos en una proporción determinada. No obstante, dicha enmienda fue finalmente rechazada.

¹⁵ BOCG, de 8 de junio de 2007, número 95-23.

¹⁶ Dicha reserva se recoge en términos similares a la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (Directiva 2004/17).

de Empleo deberán estar formados por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquella, lo que ha determinado la referencia a dicho porcentaje a la hora de trasponer la Directiva, y no sólo a «*la mayoría de los trabajadores afectados*» que ésta contempla.

Nos encontramos, por tanto, ante una medida de especial protección de las personas con discapacidad, susceptible de ser aplicada en cualesquiera contratos celebrados no sólo por las Administraciones Públicas, sino por otras entidades del Sector Público.

Dicha medida, no obstante, presenta carácter potestativo y no obligatorio¹⁷. La opción de reservar los contratos que se recoge en esta Disposición corresponde al órgano de contratación y no a las empresas interesadas, de forma similar a como ocurriera en el caso de la Disposición Adicional Sexta.

No obstante, ambas Disposiciones son claramente diferentes entre sí, en particular, a la vista del objeto de cada una de ellas¹⁸. Así, la Disposición Adicional Séptima establece una reserva de participación, en la que, por lo demás, han de seguirse los preceptos reguladores del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, la Disposición Adicional Sexta tiene por finalidad establecer diferentes opciones aplicables, cuando así lo precisen los pliegos, para proceder al desempate en caso de coincidencia de varios licitadores en la puntuación asignada por la Mesa de contratación¹⁹, sin que ello constituya una reserva en la contratación.

De este modo, ambas disposiciones regulan aspectos diferentes y serán aplicadas, si así lo decide el órgano de contratación y se establece en los pliegos que han regir la licitación del contrato.

¹⁷ A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 43/2008, de 29 de enero de 2009) ha entendido que «*ni en la propia LCSP ni en ninguna otra disposición con rango suficiente existe norma que proporcione suficiente cobertura a la posibilidad de imponer con carácter general la obligación de recurrir a los supuestos que establece la Disposición Adicional Séptima*». Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe 16/2010, de 1 de diciembre) ha señalado que «*[...] al no existir una norma legal que prescriba la obligación de reservar contratos, queda a criterio del órgano de contratación la utilización de esta posibilidad*».

¹⁸ CEA AYALA, Á.: *Discapacidad y contratación administrativa. Análisis de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos del Sector Público*. Contratación Administrativa Práctica, n.º 109, Sección Reflexiones, Editorial LA LEY, junio 2011.

¹⁹ Informe 59/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Se ha venido a señalar²⁰ que el problema que puede plantear esta Disposición viene dado por cómo llevar a efecto su aplicación. Así, dado el acotado segmento empresarial y la disparidad de los Centros Especiales de Empleo previstos en su regulación específica, «una efectiva aplicación de esta previsión por parte de los órganos de contratación vendría de la mano del exhaustivo estudio de estos entes, sus sectores de actividad y su incardinación en los fines de acción social perseguidos»²¹ a los que las Administraciones pueden coadyuvar. En todo caso, lo cierto es que esta Disposición está siendo aplicada en varios contratos públicos y, en particular, en contratos municipales, pudiéndose encontrar ejemplos de anuncios de licitaciones públicas haciendo uso de la reserva comentada.

c) *La Disposición Adicional Vigésimo primera de la LCSP*

La Disposición Adicional Vigésimo primera de la LCSP establece que la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de trámites procedimentales en el ámbito de la contratación pública, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Directamente derivada del artículo 49 de la Constitución, que propugna, como se refirió anteriormente, la adopción por los poderes públicos de las medidas necesarias para el disfrute de los derechos —en particular el derecho a la igualdad—, que asisten a las personas con discapacidad, la LISMI estableció diversas medidas tendentes a paliar la desigualdad existente entre estas personas y el resto de los ciudadanos. En particular, dicha norma impuso al empresario una serie de obligaciones dirigidas a la igualdad de trato y la integración en el contexto del trabajo de dichas personas.

Posteriormente, y con el fin de dar un renovado impulso a las políticas contenidas en la norma anterior, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, señaló en su Exposición de Motivos dos estrategias de intervención bien definidas: por un

²⁰ CUBA VILA, B.: *Significado y aplicación de los criterios sociales en la contratación pública*, El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, n.º 11, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de junio de 2011, Ref. 1367/2011, Editorial LA LEY.

²¹ *Idem*.

lado, la estrategia de «*lucha contra la discriminación*» y, por otro lado, la estrategia de «*accesibilidad universal*».

Por su parte, y en relación con lo anterior, la Directiva 2004/18, en el Considerando 29 y el artículo 23, establece que «*en la medida de lo posible, los poderes adjudicadores deben establecer especificaciones técnicas con el fin de tener en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios*», que «*deberán indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador*».

En ejercicio de la segunda de las estrategias señaladas por la Ley 51/2003 y del mandato de la Directiva, la Disposición Adicional Vigésimo primera pretende dar, a su vez, apoyo al cumplimiento de las normas de accesibilidad universal en el ámbito de la contratación pública, garantizando que, en su ámbito de aplicación, la determinación de los medios admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales deban tener en consideración los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos que establece la citada Ley 51/2003.

Además, a diferencia de las Disposiciones Sexta y Séptima, la Disposición que nos ocupa es de obligado cumplimiento para la Administración, esto es, de imperativa aplicación para los órganos de contratación, y no una opción de aplicación para éstos, como sucedía con las Disposiciones antes citadas.

Dicha obligación, por otro lado, se encuentra vinculada, entre otros, con el artículo 101.1 de la propia LCSP que, en la misma línea, establece que «*las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003 [...]*»

d) *El nuevo artículo 70 bis de la LCSP*

Como avanzamos anteriormente, a través del Proyecto de ley de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha sido introducido un nuevo artículo 70 bis en la LCSP²². Dicho precepto

²² Dicho artículo establece lo siguiente: «*Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas co-*

establece la obligación de los órganos de contratación de «ponderar» («ponderarán», reza textualmente), en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen con la obligación de contratación de un 2% de personas con discapacidad o adoptar las medidas alternativas que establece la LISMI.

Del tenor literal de esta Disposición cabe desprender la obligación, para los órganos de contratación, de constatar el cumplimiento de la LISMI por parte de los licitadores, cuando se encuentren obligados a ello, si bien es cierto que la misma Disposición señala que, a tal efecto, y, «en su caso», los pliegos correspondientes podrán incorporar la exigencia de aportar documentación acreditativa de estos extremos²³. Atendiendo a la redacción literal de la Disposición no resulta del todo claro si la comprobación del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LISMI será, en la práctica, un deber o una «potestad» para los órganos de contratación.

A este respecto, debe llamarse la atención sobre la terminología empleada en esta Disposición, que arroja no pocas dudas acerca de la correcta aplicación de la misma, comenzando por la misma expresión «ponderarán», cuyo alcance puede ser interpretable (¿significa que los órganos de contratación comprobarán el cumplimiento de la LISMI o que lo valorarán? y en este caso, ¿cómo criterio de adjudicación?, ¿cómo criterio de preferencia?, etc.). Teniendo en cuenta la ubicación sistemática de este nuevo artículo 70 bis de la LCSP, parece que el legislador lo ha querido configurar como un criterio de solvencia, y no tanto de adjudicación, pero, en tal caso, no sería un aspecto «ponderable» en el sentido de evaluable o puntuable. No queda clara, en nuestra opinión, cuál sería la consecuencia de que el órgano de contratación constatará que, estando obligado a ello, el licitador no cumpliera con las exigencias de la LISMI, lo que reduce notablemente el efecto positivo de esta medida legislativa desde la perspectiva de la integración y no discriminación de las personas con discapacidad.

respondientes. A tal efecto y, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas».

²³ La redacción de dicho precepto adoptada finalmente por el Congreso de los Diputados, al admitir las enmiendas formuladas por el Senado, resulta menos exigente que la redacción enmendada, que preveía la exigencia general del cumplimiento de la LISMI (y no la ponderación por los órganos de contratación) y la obligación de los pliegos de incorporar la exigencia de aportación de la documentación acreditativa del cumplimiento de dicha obligación.

e) *Otras previsiones de la LCSP*

No puede terminarse el repaso a las previsiones contenidas en la LCSP en relación con la implantación de políticas y medidas dirigidas a favorecer la integración de las personas discapacitadas sin aludir a la previsión contenida en el artículo 49.1.c) de la LCSP, que establece la prohibición de contratar con la Administración de aquellas personas que hayan «*sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*». Esta prohibición de contratar, que directamente impide el acceso de las empresas infractoras a los contratos públicos, constituye un refuerzo esencial, desde la perspectiva de la contratación pública, para la garantía del cumplimiento, por parte de las empresas, de las disposiciones en materia de no discriminación.

c) **Algunos casos autonómicos**

Debe destacarse, siquiera de forma somera, la existencia de normativa autonómica en materia de contratación pública que contempla medidas para la integración de personas con discapacidad.

Así, las Comunidades de Andalucía²⁴, Aragón²⁵, Cataluña²⁶, Canarias²⁷, Valencia²⁸, Madrid²⁹, Galicia³⁰ y Navarra³¹, cuentan con legislación en materia de contratación pública con previsiones específicas relativas a la integración de personas con discapacidad.

²⁴ Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

²⁵ Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en materia de Contratos del Sector Público.

²⁶ Ley 27/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Legislativas para Regular las Empresas de Inserción Sociolaboral, y Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

²⁷ Decreto 84/2006, de 20 de junio, por el que se establecen Medidas en la Contratación Administrativa para Fomentar la Integración Laboral de Colectivos con Especiales Dificultades de Inserción Laboral.

²⁸ Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, de Medidas en los Procedimientos de Contratación Administrativa y de Concesión de Subvenciones para el Fomento del Empleo de las Personas con Discapacidad.

²⁹ Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, y Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública.

³⁰ Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales.

³¹ Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

Con carácter general, las normas autonómicas referidas contemplan tanto la reserva de los contratos a favor de determinados centros especiales de empleo, como la preferencia en la adjudicación, en términos similares, respectivamente, a la Disposición Adicional Séptima y Sexta de la LCSP.

En este escenario, cabría destacar el caso de Madrid, que incluso con anterioridad a la trasposición de la Directiva 2004/18, contempló la aplicación automática, como criterio de desempate, de la contratación de personas minusválidas en caso de que el licitador no esté obligado a ello³².

Llama la atención, a este respecto, que el establecimiento de aplicación automática del criterio de desempate que venimos comentando, o la inclusión del mismo en los pliegos, es frecuente en la normativa autonómica, con distintas intensidades (Madrid, Andalucía, Aragón, Canarias, Comunidad Valenciana y Navarra —en que dicha preferencia exige un mínimo de contratación de personas discapacitadas no inferior al 3%—). Del mismo modo, algunas Comunidades Autónomas han contemplado, de forma expresa, el mantenimiento de dichas condiciones a lo largo de la ejecución del contrato, como es el caso de Madrid, la Comunidad Valenciana y Canarias.

Por otra parte, la reserva de contratación está prevista en la Comunidad Valenciana, Navarra —que establece la obligación de reserva de un mínimo del 6% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio anterior— Galicia, Andalucía —que establece un mínimo del 19% y un máximo del 20% de los contratos de suministros, consultoría y asistencia y servicios adjudicados en el ejercicio anterior mediante contratos menores o procedimientos negociados en razón de cuantía, siempre que existan ofertas suficientes—, y Cataluña.

4. RETOS Y FUTURO

De lo expuesto cabría destacar que, en un periodo de tiempo relativamente corto, han sido varios los avances logrados por la normativa española en materia de contratación pública y discapacidad. Así, partiendo de una primera aproximación en la norma estatal de contratos de 1995, la regulación actual, comparativamente, comprende un mayor número y diversidad de medidas que pretenden forzar al em-

³² De conformidad con la normativa madrileña de aplicación, los pliegos ya contemplan el control del cumplimiento de la obligación del empresario de contratar a personas con discapacidad o de la adopción de medidas alternativas.

presario privado a cumplir con la normativa vigente en materia de integración de las personas con alguna discapacidad. Ello sigue la línea del contexto internacional en la materia, que ha transformado una perspectiva asistencial de la discapacidad hacia una de pleno reconocimiento de los derechos sociales, tendente a la plena participación.

No obstante, cabe plantearse, como ya hemos apuntado anteriormente, si las medidas adoptadas por el legislador español en materia de contratación pública no pudieran ser aún más ambiciosas, no sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino también desde una visión práctica y global, apuntando a una integración social cada vez más auténtica y real, respecto de la que, no obstante, aún queda mucho por hacer.

Parece deseable, en este sentido, y en relación con las disposiciones de la LCSP antes comentadas, mayor viabilidad práctica de las medidas propuestas; así, por ejemplo, en el caso de los criterios de «*desempate*», cuya implementación real resulta limitada o compleja.

Por otro lado, no cabe duda de que, siendo la materia de la contratación pública cada vez más tendente a la homogenización europea, especialmente por lo que respecta a la libertad de circulación y de prestación de servicios consagrada en el Tratado de Funcionamiento y, por tanto, tendente a la interacción de los distintos agentes entre los diversos países, parece lógico desear una mayor «*uropeización*» de las cuestiones que favorezcan la libertad de circulación también para las personas con discapacidad, facilitando la contratación con las diversas entidades públicas europeas, lo que no podría sino redundar en una mayor integración social, fin éste consagrado en la Constitución Española y que es, en definitiva, responsabilidad de todos.

BIBLIOGRAFÍA

- CEA AYALA, A.: «Discapacidad y contratación administrativa. Análisis de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos del Sector Público», en Revista *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 109, *Sección Reflexiones*. Ed. LA LEY, junio de 2011.
- CUBA VILA, B.: «Significado y aplicación de los criterios sociales en la contratación pública», en *El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, n.º 11, *Sección Colaboraciones*. Ed. LA LEY, Quincena del 15 al 29 de junio de 2011.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. (Coord.): *Comentarios a la legislación de contratación pública*. Ed. Aranzadi, 2009.

Otros documentos consultados

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (Directiva 2004/17).

Comunicación, de 12 de mayo de 2000, de la Comisión Europea, titulada «*Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*».

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones acerca de «*igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*», 2003.

Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986 (86/379/CEE) sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad.

Informes 06/2003, de 20 de junio y 53/2008, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Informe 43/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Informe 59/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

Capítulo IX

INSTITUCIONES CIVILES DE UTILIDAD PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Miguel Ángel del Pozo Espada

Notario

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez con mayor frecuencia acuden a los Notarios personas que solicitan consejo y asesoramiento sobre los diversos mecanismos jurídicos que con intervención notarial pueden ayudar a la situación de las personas con discapacidad. Entre estas personas podemos citar a los padres y familiares de las personas con discapacidad, a los representantes de sus Asociaciones y Fundaciones y a sus Letrados Asesores.

Es por ello, y con ocasión de la publicación del Libro Homenaje a Don José Soto García-Camacho, Notario que siempre tuvo una gran preocupación y ocupación en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que en estas líneas vamos a desarrollar brevemente aquellos mecanismos e instituciones civiles que pueden ser más útiles para favorecer y ayudar a la situación de las personas con discapacidad, centrándonos en la legislación de Derecho Común, si bien estas instituciones tienen su correspondiente desarrollo y regulación en la legislación de diversas Comunidades Autónomas, que en algunas ocasiones han sido pioneras en desarrollar estas materias con regulaciones muy completas y detalladas, dignas de servir como modelo a seguir.

Nos vamos a referir y a desarrollar en primer lugar los mecanismos e instituciones que pueden ser utilizadas por los padres u otras personas en favor de las personas con discapacidad que son las siguientes:

- Testamento.
- Disposición de bienes a título gratuito.

En segundo lugar desarrollaremos los mecanismos e instituciones que pueden ser utilizadas tanto por los padres u otras personas en favor de las personas con discapacidad, como por las propias personas con discapacidad, que son las siguientes:

- Constitución de un patrimonio protegido.
- Contrato de alimentos.
- Renta vitalicia.
- Hipoteca inversa.

En tercer lugar desarrollaremos mecanismos y disposiciones que pueden otorgar las personas que en la actualidad tienen plena capacidad pero que quieren prever y regular el futuro para cuando lleguen a una situación de discapacidad, que son las siguientes:

- Autotutela o disposiciones sobre la persona y bienes en previsión de la situación de incapacidad.
- Poderes preventivos.

2. INSTITUCIONES FORMALIZADAS POR TERCERAS PERSONAS A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

a) Testamento

Existe una gran preocupación de los padres, e incluso de otros familiares y amigos, a la hora de otorgar testamento cuando tienen un hijo o familiar con discapacidad. Ahora bien la legislación vigente en materia testamentaria contiene mecanismos que pueden ayudar en esta situación de discapacidad.

El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.

Los padres podrán otorgar testamento que contenga múltiples disposiciones a favor de sus hijos con discapacidad, entre estas disposiciones podemos citar las siguientes:

1. *Disposiciones patrimoniales para la distribución de la herencia*

El testador puede disponer de los bienes a título de herencia o a título de legado. Cuando dispone de los bienes a título de herencia, quiere decir que deja al heredero una parte o porción de la herencia sin dividir y sin adjudicar bienes concretos y determinados (por ejemplo la mitad o una tercera parte de la herencia); cuando dispone de bienes a título de legado, quiere decir que deja al legatario bienes concretos y determinados (por ejemplo una vivienda).

Nuestro Código Civil no admite la libertad de testar por lo que los padres a la hora de otorgar testamento con disposiciones a favor de su hijo con discapacidad tendrán que respetar las «legítimas». Cualquier otra persona que quiera otorgar disposiciones en su testamento a favor de una persona con discapacidad deberá respetar sus propias «legítimas».

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por estar reservada por ley a los herederos forzosos, en este supuesto los herederos forzosos serían los hijos y nietos; y en su caso el cónyuge viudo. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes de la herencia. Sin embargo una tercera parte de las dos que forman la legítima se podrá dejar como mejora a cualquiera de los hijos o descendientes. Una de estas partes se denomina mejora y la otra legítima estricta. La tercera parte restante será de libre disposición.

Si un padre tiene dos hijos, una de ellos con discapacidad, podrá distribuir su herencia favoreciendo al hijo con discapacidad adoptando como máximo una de las dos soluciones siguientes, según se grave o no la porción del hijo sin discapacidad con sustitución fideicomisaria.

1.ª Solución

- Dejar al hijo con discapacidad la totalidad del tercio de libre disposición; la totalidad del tercio de mejora; y la mitad del tercio de legítima estricta. En total 5/6 partes de la herencia.
- Dejar al otro hijo únicamente la mitad del tercio de legítima, o lo que es igual 1/6 parte de la herencia.

Este es el margen máximo de maniobra adjudicando bienes en pleno dominio que permite nuestro sistema de legítimas para favorecer a uno de los hijos. Esta solución podría aplicarse para otorgar testamento disponiendo en pleno dominio como máximo de hasta 5/6 partes de la herencia a favor del hijo con discapacidad.

De este modo el hijo con discapacidad heredaría 5/6 partes de la herencia; y el otro hijo heredaría 1/6 parte de la herencia.

Salvo que sobreviva el padre o madre viudo o viuda, en cuyo caso habría que respetar la legítima del cónyuge viudo, que consiste en el usufructo del tercio de mejora, en este caso la distribución sería la siguiente:

- El hijo sin discapacidad heredaría 1/6 parte de la herencia en pleno dominio.
- El hijo con discapacidad heredaría 3/6 partes de la herencia en pleno dominio; y 2/6 partes de la herencia en nuda propiedad.
- Al cónyuge viudo le correspondería el usufructo de 2/6 partes de la herencia.

2.^a Solución

Tras la reforma del Código Civil de 18 de noviembre de 2003, el legislador ha ido más allá y establece en esta materia que cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

En este supuesto la distribución sería la siguiente:

- El hijo con discapacidad judicialmente incapacitado heredaría el tercio de libre disposición en pleno dominio; el tercio de mejora en pleno dominio o en su caso en nuda propiedad si sobrevive el cónyuge viudo que tendrá el usufructo de este tercio; y el tercio de legítima estricta como fiduciario sujeto a sustitución fideicomisaria.

La sujeción a sustitución fideicomisaria quiere decir que este hijo fiduciario adquiere el tercio de legítima estricta en su totalidad, podrá disfrutar de los bienes que componen el mismo mientras viva pero no podrá transmitirlos, teniendo la obligación de conservarlos para transmitirlos a su fallecimiento a su hermano que es el fideicomisario.

- El hijo sin discapacidad heredaría el tercio de legítima estricta como fideicomisario, recibiendo los bienes al fallecimiento de su hermano el fiduciario.

El testador también podría optar por gravar con la sustitución fideicomisaria toda la herencia de manera que el hijo con discapacidad —judicialmente incapacitado—

heredaría toda la herencia como fiduciario, disfrutando todos los bienes de la misma para atender a sus necesidades, con la obligación de conservar la herencia para transmitirla a su fallecimiento a su hermano fideicomisario.

La facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil

La reforma del año 2003 introdujo un instrumento cuya utilidad en la generalidad de los casos de parejas con hijos es interesante, pero que en el caso de parejas con algún hijo con discapacidad lo es aún más, que supone una importante modulación al carácter personalísimo del testamento, y que además, y en el fondo parece —en contra del tufillo de desconfianza legal— descansar en la idea de que los padres quieren lo mejor para sus hijos, de manera que el ejercicio de confianza máxima que supone su utilización no tiene otro fundamento más que esa patria potestad común.

Básicamente consiste en delegar por vía testamentaria en el progenitor sobreviviente la facultad de distribuir, una vez fallecido el concedente en la manera que tenga por conveniente la herencia entre los descendientes sin más límite que el freno de las legítimas. Esas adjudicaciones o atribuciones que pueden tener por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar, podrán realizarse en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, pudiéndose facultar al sobreviviente para que la ejercite en su propio testamento. Si no lo ha hecho o no ha fijado plazo, tendrá el de dos años a contar desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Además al sobreviviente le corresponderá la administración de los bienes sobre los que penden las facultades conferidas.

Téngase en cuenta que al poder el sobreviviente ejercitar esa facultad en su propio testamento, si así lo ha previsto el delegante, que será lo habitual, en la práctica podemos conseguir que la distribución de todo el patrimonio familiar se haga conjuntamente y que entre tanto la administración y control del mismo siga estando confiada al progenitor vivo. La utilidad en el supuesto de fallecimientos prematuros de alguno de los padres es clara, y permite al que sobrevive un amplísimo margen de discrecionalidad que podrá utilizar en el sentido que estime más útil, bien para favorecer con mayor porción hereditaria al hijo con discapacidad —en cuyo caso debería ser complementado con normas de administración de los bienes vía artículo 227, o incluso previendo su aportación a un patrimonio protegido constituido con anterioridad—, o bien favoreciendo con mayor porción hereditaria al hijo que, efectivamente atienda o manifieste mayor disposición para atender y cuidar de su hermano con discapaci-

dad, pudiendo ser conveniente acudir a la figura de la sustitución fideicomisaria para retrasar un temprano disfrute por el premiado.

Lo que nos interesa destacar es que el cónyuge en quien se delega esta facultad puede hacer lo mismo que el delegante, sin más límites que los mismos que al delegante le afectan —el sistema legitimario— y aquellos otros que, sea por la vía de legados un otro tipo de disposiciones haya querido establecer el delegante. Es decir, el espectro de la delegación puede ser amplísimo, pero tampoco tiene por qué ser necesariamente así. Y aunque su ejercicio pueda retrasarse hasta el testamento del último que fallezca, no impide la posibilidad de realizar particiones parciales, porque así lo aconsejen las circunstancias. Se puede conceder un amplio espectro al delegado que éste podrá usar según su mejor criterio, lo que no es óbice para que el progenitor delegante pueda otorgar cuantas disposiciones estime convenientes, que el delegado, junto con las legítimas deberá respetar, o establecer criterios o directrices. Para evitar problemas de pérdida sobrevinida de capacidad del delegado u otro motivo de imposibilidad de ejercicio de la misma, puede ser conveniente que el delegante establezca disposiciones subsidiarias, y para facilitar la tarea del ejercicio de la delicada función encomendada, cuando uno de los dos que componían el tándem que velaba por los hijos ya no está presente para aconsejar al otro, puede ser conveniente complementarlo con la figura de un albacea.

Desde el punto de vista del fundamento que permite la delegación, hemos dicho que es la patria potestad común, con el nuevo artículo queda claro que el fundamento no es el vínculo matrimonial, y ya desde hace tiempo, la facultad no tiene por qué ser recíproca. Ahora bien la confianza máxima que supone la atribución de la función encomendada, presume el precepto que se ve truncada en los casos en que el delegado haya pasado a ulterior matrimonio, o a relación de hecho análoga, o tenido algún hijo no común, casos en los que cesarán las facultades conferidas, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Derecho de habitación

Dentro de las disposiciones patrimoniales del testamento podemos citar que tras la reforma del Código Civil del año 2003, en el artículo 822, se introdujo la posibilidad de establecer a favor de las personas con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga en testamento a título de legado, o bien en donación, a favor de un legitimario persona con discapacidad, que no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

El derecho de habitación da al legitimario, persona con discapacidad, la facultad de ocupar en la vivienda las habitaciones necesarias para sí y para las personas de su familia (art. 524,2 del Código Civil).

Este derecho se puede establecer a favor de cualquier legitimario con discapacidad, por tanto a favor de los hijos y descendientes, a favor de los padres y ascendientes y a favor del cónyuge viudo.

El derecho de habitación no se computa en el cálculo de las legítimas si al fallecimiento el titular de la vivienda y el legitimario con discapacidad convivían en ella.

Aunque el titular de la vivienda no haya atribuido este derecho de habitación por testamento o donación se atribuye incluso por ministerio de la ley, en las mismas condiciones indicadas, si el legitimario con discapacidad lo necesita y estaba conviviendo con el titular fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa, pero el titular del derecho de habitación no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios en la vivienda mientras lo necesiten.

Este derecho de habitación no se puede transmitir y no impedirá que se atribuyan derechos sobre la vivienda al cónyuge del titular fallecido, que coexistirán con el derecho de habitación.

2. *Nombramiento de tutor*

Según el artículo 223,1 del Código Civil, los padres también podrán en testamento (y también en documento público notarial) nombrar tutor del hijo con discapacidad, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

También podrán nombrar Curador y Defensor Judicial.

El tutor se ocupará de la guarda y protección de la persona y bienes del hijo cuando llegue el fallecimiento de los padres.

Cuando el Juez proceda al nombramiento del tutor preferirá en cuarto lugar a las personas designadas por los padres en su testamento. Aunque excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden o prescindir de las personas mencionadas, si el beneficio del incapacitado así lo exige.

Podría nombrarse un tutor o dos o más tutores, que podrán ejercer las facultades de forma conjunta o solidaria, según se disponga; y en defecto de los anteriores

nombrar otros tutores con carácter sucesivo; y en último término, en defecto de los nombrados, encomendar la función tutelar a una Fundación Tutelar.

Se podrá distinguir entre tutor de la persona y tutor de los bienes.

El testador podrá ordenar disposiciones sobre la persona y bienes de su hijo tales como:

- Manifestar su voluntad de que el hijo sujeto a tutela viva en su vivienda habitual en compañía o bajo la supervisión y cuidados del tutor, sin que sea internado en ninguna institución salvo que por motivos de salud fuese necesario.
- Manifestar su voluntad de que se adjudiquen a su hijo sujeto a tutela bienes que sean rentables y fácilmente enajenables, pues así serán más útiles para atender a las necesidades de su hijo.
- En este ámbito también podrá disponer que se excluya a ciertas personas de estos nombramientos y establecer mecanismo de control.

Es aconsejable, si el patrimonio del tutelado lo permite, señalar al tutor una remuneración adecuada al trabajo a realizar y que sirva del estímulo al tutor. En todo caso corresponde al Juez fijar su importe, estableciendo el artículo 274 del Código Civil que deberá procurar en lo posible que la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes.

3. *Sustitución ejemplar y pupilar*

Es conveniente y aconsejable que el testador haga uso de la figura de la sustitución ejemplar. En virtud de lo dispuesto en el artículo 776 del Código Civil los padres y ascendientes pueden nombrar sustituto a los hijos y descendientes mayores de catorce años que hayan sido declarados incapaces.

De este modo los padres pueden determinar en su testamento las personas que recibirán los bienes del hijo incapacitado después de que este fallezca, pues este hijo, debido a su incapacidad no podrá otorgar su propio testamento.

También es posible utilizar la figura de la sustitución pupilar del artículo 775 del Código Civil nombrando sustitutos a los descendientes menores de catorce años para el caso de que mueran antes de dicha edad.

De este modo los padres y ascendientes pueden determinar en su testamento las personas que recibirán los bienes del hijo o descendiente menor de catorce años

después de que este fallezca, pues este hijo o descendiente, debido a su menor edad no podrá otorgar su propio testamento.

4. *Nombramiento de Albacea, Contador-Partidor*

El testamento puede contener el nombramiento de Albacea y Contador-Partidor con las más amplias facultades, el cual podrá proceder a la partición de la herencia por sí solo, si bien al estar interesado en la herencia un coheredero con discapacidad deberá inventariar los bienes de la herencia con citación del tutor o curador de este hijo.

De este modo se evitan trámites y mayores plazos pues el tutor del hijo con discapacidad para formalizar la herencia necesitaría autorización o aprobación judicial.

Causa de indignidad para suceder a la persona con discapacidad

Por último, conviene recordar y destacar en materia sucesoria que si determinadas personas como son el cónyuge, padres y ascendientes, hijos y descendientes y hermanos incumplen la obligación de alimentos hacia su familiar o pariente con discapacidad y no le prestan las atenciones debidas, incurren en causa de indignidad del artículo 756, número 7 del Código Civil y no podrán sucederle.

Se entiende por atenciones debidas, la obligación de alimentos regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que comprende la manutención, habitación, vestido, asistencia médica, educación, etc.

b) Disposición de bienes a título gratuito

Cualquier persona, familiar o amigo, puede estar interesado en otorgar disposiciones a título gratuito a favor de personas discapacitadas. Lo podrá hacer a través de testamento o por acto intervivos a través de otro tipo de instituciones como podría ser la donación, figura que requiere un estudio más detallado, pero que permite una gran variedad de posibilidades, cabe la donación pura y simple, la donación con reserva de la facultad de disposición, o estableciendo la prohibición de disponer del bien donado, la donación de usufructo, la donación onerosa, la donación modal y la donación con pacto de reversión. Se podría hacer la donación a un hermano de la persona con discapacidad o a una Entidad que deberá cuidar a la persona con discapacidad.

En estos supuestos conviene destacar lo dispuesto en el artículo 227 del Código Civil que permite a la persona que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, establecer las reglas de administración de los bienes y designar la persona del administrador de los mismos.

3. INSTITUCIONES FORMALIZADAS POR TERCERAS PERSONAS A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O POR LA PROPIA PERSONA CON DISCAPACIDAD

a) **Constitución de un patrimonio protegido para la persona con discapacidad**

Objeto y régimen jurídico

El objeto de la constitución de un patrimonio protegido para la persona con discapacidad es la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de esta persona estableciendo mecanismos adecuados para garantizar la afección de los bienes y derechos aportados, sus frutos y rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Esta figura se rige por su ley específica de 18 de noviembre de 2003.

Beneficiarios

El beneficiario del patrimonio protegido será la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

A estos efectos se considerarán únicamente personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, lo que se acreditará con el correspondiente certificado.

Constitución

Pueden constituir un patrimonio protegido:

- La propia persona con discapacidad con capacidad de obrar.

- Sus padres, tutores o curadores si no tiene capacidad de obrar suficiente.
- El guardador de hecho.
- Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar la constitución ofreciendo al mismo tiempo una aportación suficiente a este fin.

En caso de negativa lo podrá solicitar judicialmente.

La constitución se formalizará en documento público o por resolución judicial, con el siguiente contenido mínimo:

- Inventario de los bienes y derechos.
- Reglas de administración y fiscalización.
- Cualquier otra disposición conveniente para la administración o conservación.

Los Notarios comunicarán la constitución al Fiscal correspondiente, así como las aportaciones posteriores.

Aportaciones

Las aportaciones posteriores estarán sujetas a las mismas formalidades anteriores y también podrá hacerlas cualquier persona con interés legítimo.

Los aportantes podrán establecer el destino que haya de darse a los bienes o derechos una vez extinguido el patrimonio protegido.

Administración

Si el patrimonio protegido lo constituye el propio titular, su administración se sujetará a las reglas del documento constitutivo. En los demás casos las reglas de administración del documento constitutivo deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos previstos para el tutor. Si bien se podrá solicitar del Juez la excepción de la autorización judicial. No obstante la autorización no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. En ningún caso será necesaria subasta pública.

Y no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles cuando se hagan para atender a las necesidades vitales del beneficiario.

Todos los bienes y derechos del patrimonio protegido, sus frutos, rendimientos y productos deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio. No podrán ser administradores las personas que no puedan ser tutores.

Cuando no se pueda designar administrador conforme a lo establecido en el documento constitutivo, resolverá el Juez.

El administrador cuando no sea el propio beneficiario, tendrá la consideración de representante legal de éste para todos los actos de administración y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.

Extinción

El patrimonio protegido se extingue por el fallecimiento del beneficiario o por dejar de tener la condición de persona con discapacidad.

Si se extingue por fallecimiento se entiende comprendido en la herencia del beneficiario.

Si se extingue por perder la condición de persona con discapacidad seguirá siendo titular de los bienes y derechos, sin perjuicio de que se haya indicado una finalidad especial para los bienes y derechos, en cuyo caso se les dará la finalidad prevista u otra lo más análoga.

Supervisión

La supervisión del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal.

Constancia registral

La representación legal del patrimonio protegido se hará constar en el Registro Civil.

La adscripción o incorporación de los bienes y derechos al patrimonio protegido se hará constar en el Registro de la Propiedad así como en los demás Registros correspondientes, haciéndose constar también su cancelación.

b) Contrato de alimentos

Regulado en los artículos 1.791 y siguientes del Código Civil. Por este contrato una persona se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a otra persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital consistente en cualquier bien o derecho.

Si fallece el obligado a prestar los alimentos o si concurre causa grave que impida la pacífica convivencia entre las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos se pague mediante una pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados.

La extensión y calidad de los alimentos será la que resulte del contrato. En defecto de pacto no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.

La obligación de dar alimentos cesa por muerte del alimentista, pero no por las otras causas previstas por el Código Civil para el cese de la obligación de dar alimentos (cambios de fortuna, mala conducta, etc.).

En caso de incumplimiento de la obligación de alimentos la persona que ha de recibir los alimentos puede optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo los devengados con anterioridad, o la resolución del contrato.

Si se opta por la resolución, el deudor de los alimentos debe devolver inmediatamente los bienes que recibió, y en cambio el juez podrá acordar que la obligación de restitución del alimentista quede total o parcialmente aplazada en su beneficio por el tiempo y con las garantías que se determinen.

De la resolución tiene que resultar para el alimentista un superávit suficiente para conseguir de nuevo otra pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

El derecho del alimentista podrá garantizarse con condición resolutoria e hipoteca.

Este contrato ha sido utilizado tradicionalmente por personas mayores en situación de soledad y necesitadas de cuidados. También podría utilizarse tras la nueva regulación del Código Civil para asegurar a las personas discapacitadas vivienda, alimentos, compañía y cuidados.

c) Renta vitalicia

Por el contrato de renta vitalicia se transmiten bienes a una persona la cual se obliga a pagar una pensión durante la vida de otra. En el ámbito de la protección a la persona con discapacidad se entregaría el capital a cambio de asegurar una pensión a la persona con discapacidad, pensión revalorizable de acuerdo con un índice pactado.

También es una figura útil para personas de avanzada edad en previsión de la necesidad de unos mayores ingresos para atender al cuidado de su persona, situación que también puede derivar en discapacidad.

Dado que el Código Civil dispone en el artículo 1.805 que la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital, el problema es su garantía, habría que acudir al aval, condición resolutoria o hipoteca.

Podría pactarse que la persona con discapacidad empiece a cobrar la pensión cuando fallezca el cedente, al asumir este los cuidados de aquella mientras viva.

También es posible ceder la nuda propiedad y reservarse el usufructo.

d) Hipoteca inversa

Con esta figura las personas mayores o en situación de dependencia pueden aumentar su renta, disfrutando en vida del ahorro acumulado en la vivienda.

La hipoteca inversa es un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual del solicitante siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el solicitante y los beneficiarios que se puedan designar tengan una edad igual o superior a 65 años o estén afectados de dependencia severa o gran dependencia.
- Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- Que la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o el último de los beneficiarios.
- Que la vivienda haya sido tasada y asegurada contra daños.

Estas hipotecas serán concedidas por entidades de crédito o aseguradoras.

Al fallecimiento del deudor o del último de los beneficiarios, los herederos del deudor podrán cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando al acreedor la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses.

Si los herederos deciden no reembolsar los débitos vencidos, el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Estas hipotecas están exentas del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y tienen bonificaciones y reducciones de honorarios notariales y registrales.

También podrá hipotecarse bienes distintos de la vivienda habitual, pero no les será de aplicación lo anterior expuesto.

4. INSTITUCIONES FORMALIZADAS POR PERSONAS CON CAPACIDAD EN PREVISIÓN DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

a) La autotutela, disposiciones sobre la persona y bienes en previsión de la situación de discapacidad

Todas las personas que en principio somos capaces en algún momento podemos llegar a una situación de discapacidad, por lo que es importante prever y regular el futuro para cuando llegue la situación de discapacidad.

Hoy constituye una realidad la existencia de nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que las personas en principio capaces adoptemos mecanismos de protección en previsión de la futura discapacidad.

En la actualidad toda persona capaz de obrar tiene la posibilidad de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas.

Siguiendo a Doña Remei Soriano Campos, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que ha tratado esta materia, podemos decir que el artículo 231 del Código Civil establece que el Juez al constituir la tutela, oír a los parientes más próximos, a las personas que considere oportuno, y, en todo caso, al tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años. Pero si esperamos a este momento, normalmente la persona cuya tutela debe constituirse no tendrá «juicio suficiente» y no podrá manifestar su voluntad.

Lo óptimo es ir a un momento anterior, hacer previsión de futuro y dejar constancia de nuestra voluntad para cuando ya no podamos manifestarla. Esto se consigue con la autotutela, mecanismo jurídico de gran utilidad, sobre todo en el caso de enfermedades neurodegenerativas.

El Código Civil en su artículo 223 establece la posibilidad de que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Es necesario que la persona que otorgue estas disposiciones tenga capacidad de obrar suficiente en el momento del otorgamiento del documento público.

La mayor parte de los autores considera que esta facultad no puede ejercerse mediante apoderado, pues se trata de una facultad personalísima, inherente al estado civil y capacidad de la persona.

La persona con capacidad de obrar suficiente podrá adoptar múltiples disposiciones y vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficiario del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

Entre las disposiciones que se pueden adoptar podemos citar las siguientes:

1. *Nombrar tutor*

Encomendando al mismo que, en su caso, ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación; también podrá nombrar Curador y Defensor Judicial.

Cuando el Juez proceda al nombramiento del tutor preferirá en primer lugar al designado por el propio tutelado. Aunque excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden o prescindir de las personas mencionadas, si el beneficiario del incapacitado así lo exige.

Podría nombrarse un tutor o dos o más tutores, que podrán ejercer las facultades de forma conjunta o solidaria, según se disponga; y en defecto de los anteriores nombrar otros tutores con carácter sucesivo; y en último término, en defecto de los nombrados, encomendar la función tutelar a una Fundación Tutelar.

El disponente, según los casos y cualidades de las personas nombradas, podría distinguir entre tutor de la persona y tutor de los bienes.

Es aconsejable, si el patrimonio del tutelado lo permite, señalar al tutor una remuneración adecuada al trabajo a realizar y que sirva del estímulo al tutor. En todo caso corresponde al Juez fijar su importe, estableciendo el artículo 274 del Código Civil que deberá procurar en lo posible que la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes.

En este ámbito también podrá disponer que se excluya a ciertas personas de estos nombramientos y establecer mecanismo de control.

2. Puede adoptar disposiciones sobre la persona

El disponente puede establecer la forma de ejercicio de la tutela, especialmente en cuanto al cuidado de la persona; puede recomendar u ordenar al tutor que, llegado el caso, sea internado en un Centro Especializado, evitando así los problemas que puede originar tan importante decisión.

Por el contrario el disponente podrá prohibir expresamente su internamiento en cualquier tipo de Centro o Institución, salvo evidente necesidad por motivos médicos. Ordenando en este caso al tutor que realice todo cuanto sea preciso para que el disponente sea cuidado y atendido hasta su fallecimiento en su domicilio por personal adecuado y disponiendo al efecto los medios materiales precisos.

Podrá adoptar disposiciones prohibiendo tratamientos médicos para la prolongación de la vida dentro de los límites legales. El llamado «testamento vital».

3. Adoptar disposiciones sobre los bienes

Puede ordenar al tutor que para atender a su cuidado, en la forma establecida, bien en un Centro o bien en su domicilio, destine cuantas personas y medios económicos sean precisos, disponiendo del dinero, bienes muebles e inmuebles de su propiedad, estableciendo para ello un orden sobre los bienes que se han de utilizar, por ejemplo: en primer lugar el dinero, si no hubiere dinero se procedería a la enajenación de acciones, valores o fondos, y por último se procedería la enajenación de los bienes inmuebles, estableciendo a su vez un orden para proceder a la enajenación de estos bienes, con exclusión en todo caso del domicilio donde deba vivir y ser atendido el tutelado.

También cabe la posibilidad de atribuir al tutor la facultad de creación de un patrimonio protegido.

También puede establecer medidas de control o fiscalización.

Las disposiciones tienen que constar en «documento público», se recomienda la escritura pública y no el testamento, debido a los problemas que puede plantear su constitución en testamento.

Una vez otorgado el documento público que contenga las disposiciones ante Notario, se comunicará su otorgamiento de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En el procedimiento de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil, para comprobar la existencia de estas disposiciones.

Se considera en cuanto a este sistema de publicidad registral, siguiendo a Doña Remei Soriano Campos, que quizás hubiese sido más adecuado un Registro especial y secreto para preservar la intimidad del otorgante o establecer un sistema de publicidad restringida para este supuesto, hasta que se procediera a la declaración judicial de incapacitación, ya que se pueden plantear problemas de vulneración de la intimidad del otorgante de la escritura autotutelar. Pero esta solución no ha sido recogida en la reciente Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011.

El conocimiento de que una persona ha otorgado una disposición autotutelar, aunque no se conozca el contenido, porque no queda reflejado en el Registro Civil, puede conllevarle «presiones» o «manipulaciones» que no son infrecuentes, sobre todo en personas mayores.

b) Poderes preventivos

Cuando una persona otorga un poder, si el poderdante llega a una situación de incapacitación, el mandato queda acabo y extingue, salvo que el poderdante haya dispuesto lo contrario.

El Código Civil dispone en su artículo 1.732, último párrafo, que el mandato no se extinguirá por la incapacitación sobrevenida del mandante si el mismo mandante hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución del Juez al constituirse la tutela o posteriormente a instancia del tutor.

Con esta figura la persona con capacidad, en previsión de una futura falta de capacidad por enfermedad degenerativa, accidente, intervención quirúrgica, etc., puede establecer un sistema en el que una o varias personas apoderadas de su confianza

la representen y suplan su falta de capacidad. Por ejemplo es de destacar la gran utilidad de estos poderes preventivos para la perfección de contratos de compraventa pendientes con cláusulas de penalización, cuando una de las partes contratantes, por accidente o enfermedad repentina, carece de capacidad; también pueden ser de gran utilidad estos poderes para la continuación de la actividad comercial o empresarial en los casos de falta de capacidad del comerciante o empresario.

Con el poder preventivo se puede complementar la autotutela en la fase anterior a la incapacitación, o en supuestos transitorios o de menor gravedad que no hagan necesaria la incapacitación. Siendo dos figuras de posible utilización conjunta.

El apoderamiento tiene que ser otorgado por personas con plena capacidad; puede ser general o especial, aunque dado su destino y finalidad quizás sea aconsejable un contenido general de facultades; y a favor de apoderados que sea personas de total y absoluta confianza, para mayor seguridad debería procurarse la mancomunidad de los apoderados en el ejercicio de las facultades conferidas.

Estos poderes preventivos se inscriben en el Registro Civil para conocimiento por parte de la Autoridad Judicial al constituir la tutela, y proceder en su caso a su revocación. En cuanto al sistema de publicidad registral podría decirse lo mismo que en el caso de la autotutela y quizás debería irse a un sistema de publicidad restringida para proteger la intimidad del otorgante.

5. COMENTARIO FISCAL

Tras desarrollar las opciones de que hoy disponen tanto los padres, parientes o la propia persona con discapacidad, el banco de pruebas que supone siempre el régimen fiscal, merma mucho las posibilidades expuestas. Sin hacer un análisis exhaustivo de la materia, la desazón de muchos padres al comentarle el aspecto fiscal de la constitución del patrimonio protegido, hace que en ocasiones desistan de ello, o lo hagan, pero limitándose a hacer aportaciones anuales siempre marcadas por el tope máximo del beneficio fiscal. Si entramos en el ámbito de los negocios gratuitos inter vivos, lo mismo que en el ámbito de la sucesión mortis causa, las desigualdades territoriales entre las autonomías causan estupor no sólo a los sufridos padres, sino a los profesionales de la materia, que no sabemos cómo explicar a los mismos cómo puede ser tan distinto vivir en Soria o en Madrid o Cataluña, cuando la preocupación de esos padres por su hijo con discapacidad es universal. Por otra parte tampoco se ha establecido ningún régimen fiscal adecuado para el contrato de renta vitalicia o el contrato de alimentos. De poco sirve la existencia de instrumentos adecuados si

el coste fiscal de los mismos impide o dificulta su aplicación, en algunos casos más o menos dependiendo de la parte del territorio español en que nos encontremos.

Hablar de beneficios fiscales que en definitiva suponen rebajar una merma recaudación estatal no está de moda, pero no estamos hablando de medidas generalizadas, sino de supuestos en que existe un interés jurídico digno de protección, que estadísticamente no son tantos, y que tampoco supondrían un desmedido aumento del pasivo de un balance estatal que ha devenido la primera preocupación nacional.

Capítulo X

ALGUNOS ASPECTOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ángela Villanueva Romero

Notaria

A Don José Soto

Las presentes reflexiones o consideraciones lo son inspiradas por el recuerdo (presente) de mi compañero y amigo Pepe Soto. No puedo olvidar ni sustraerme a su semblanza como persona íntegra e integrada, es decir, como individuo que vivió y sintió de forma aunada lo que era y creía y así lo transmitía... Imborrable tú presencia en aquella tú casa de la calle San Blas, en la habitación junto al claustro en la que unos pocos opositores a Notarías «cantábamos» temas a tu hijo José Javier (notario recién aprobado en espera de destino): tu aparecías para contar alguna anécdota de la profesión, para hacer algún apunte técnico, o sencillamente para darnos aliento... Ese es parte de tu legado: el de una persona implicada en su realidad (su familia, sus hijos, nietos y en general quien se acercaba a él) y el de una persona implicada en su profesión y oficio como notario. Como ya dije, este es mi humilde homenaje a ti debido, como Notario, como SER.

1. ALGUNOS ASPECTOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

«La demencia es esa sensación de desaparición de ti quedándote tú»

(Teresa Isla en el País Semanal)

La finalidad del presente no deja de ser modesta: sólo pretendo partiendo de la experiencia como Notario y con la guía del Código Civil hacer una breve semblanza

del papel que los fedatarios notariales desempeñamos o realizamos cerca o en presencia de la persona con discapacidad.

En primer lugar, desgranar o perfilar el concepto de persona con discapacidad como aquella persona física que presenta o tiene alguna enfermedad o deficiencia física o psíquica que le incapacita o dificulta algún acto de la vida. El concepto es así amplio y en el tema que analizo no siempre tiene trascendencia, es decir hay ciertos tipos de deficiencias que aun considerándose discapacidad desde el punto de vista administrativo no despliegan ni entorpecen en modo alguno la actuación del individuo ante el Notario o en la esfera notarial por no impedir a la persona gobernarse por sí misma. Lo que afecta o influencia la comparecencia o intervención de la persona en el ámbito notarial es su capacidad de obrar entendida ésta como «capacidad natural de querer y entender lo que se actúa»; también tienen cierta influencia en el ámbito de la actuación ante Notario ciertas deficiencias de carácter físico que sin impedir a la persona manifestarse por sí misma de forma voluntaria y consciente sí que ponen ciertas trabas a esa manifestación de voluntad o a la prestación del consentimiento (v.gr., mudos, sordos, etc...).

Para el primer caso la ley adopta una serie de precauciones que de alguna manera tienden a suplir esa falta o defecto en la formación del consentimiento libre y voluntario; para los segundos supuestos, la ley arbitra una serie de medidas que aseguren la percepción de esa voluntad por el Notario correctamente.

Hecha las precisiones que anteceden, analizaré algunos aspectos en los que la función notarial se vuelve o revela como especialmente sensible en cuanto a la protección dinámica de los derechos de las personas con discapacidad en el sentido indicado.

La tutela de esos intereses por el notario debe ser en todo caso activa y comprometida. Es frecuente la presencia de personas en los despachos notariales en las que se aprecia la existencia de posible causa de incapacitación (v.gr., mayores con demencia senil). En muchos de estos casos la familia no siente como necesaria la incapacitación y nombramiento de tutor pues estima que en definitiva son ellos los que tienen la clarividencia acerca de las necesidades de la persona con discapacidad, del que se ocupan y por el que se desvelan... pero esta evidencia interna no en todo caso es externa, frente a terceros y para el tráfico. Por ello cuando hay intereses y voluntades diversas y cuando se puede comprometer la seguridad del devenir jurídico es necesario y conveniente por parte del notario recomendar el acudir en su caso al correspondiente procedimiento de incapacitación, no sólo en beneficio del afectado sino también en beneficio de los familiares y allegados en este caso para despejar cualquier duda futura sobre la intencionalidad y conveniencia de los actos realizados

por quien no puede querer ni entender claramente lo que actúa. Y aquí entra en juego un precepto que sin mencionar específicamente al notario, de alguna forma le compromete e impele a adoptar esa actitud activa en la defensa de la persona con discapacidad. Al decir el Código que cualquier persona que tuviera en conocimiento los hechos determinantes de la tutela deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 230 del Código Civil), compromete al notario como profesional del derecho con función pública a realizar esa comunicación. No ha de entenderse esto de forma indiscriminada: no es que el notario en todo caso se inmiscuya en una decisión y actuación cuya iniciativa estimo ha de corresponder a las personas vinculadas a la persona con discapacidad; entiendo que es norma de cierre en el quehacer notarial y que deberá el notario echar mano de ella en los casos en que sea imprescindible por no existir o no tener capacidad la persona que ha de promoverlo (piénsese en algunas personas ingresadas en asilos o centros de atención sin familiares cercanos que se ocupen de ellos). Pero repito, ante la tesitura de tener el notario que iniciar la actuación, obliga a aquel a insistir en la toma de decisión por parte de los parientes o el círculo personal o familiar más cercano de la persona con discapacidad.

En nuestro Código Civil la primera aparición de la persona con discapacidad relacionada con la función del Notario es indirecta en el artículo 221 al decir:

«Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

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

Se trata de un artículo dirigido a evitar que quien desempeña cargo tutelar pueda aprovechar éste en su propio beneficio sin observar la más escrupulosa separación de intereses entre los propios y los del tutelado.

Por ello, de una manera un tanto dudosa, dispone el artículo que el tutor no puede recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión. Habría que poner en conexión este artículo con el artículo 279 del Código relativo al momento en que el tutor cesa en sus funciones. De dicho artículo y de lo dispuesto en los artículos 271 y 272 relativos a los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, deduzco lo siguiente: que el 221 que analizamos está previsto para cuando el tutor cesa en el cargo y el texto legal

debería decir que «se prohíbe a quien haya desempeñado cargo tutelar recibir liberalidades del que fue su tutelado o de sus causahabientes»... Está claro que durante el ejercicio de la tutela todo acto de disposición sobre bienes del tutelado, y con más razón las liberalidades, requieren autorización judicial. Esto así entendido, resulta de difícil control notarial (salvo que el notario tuviera conocimiento de la existencia de esa tutela anterior) la circunstancia de si una persona ha sido con anterioridad tutor o no de la persona de quien recibe una liberalidad, o si la liberalidad se recibe de los herederos de una persona que fue tutelada por el donatario.

El párrafo segundo del artículo no es más que la expresión de la prohibición general de autocontratación que recoge nuestra norma civil: el tutor no puede comparecer en notaría actuando en nombre propio y del tutelado o en nombre de aquel y de un tercero al mismo tiempo si existe conflicto de intereses; por ejemplo herencia en que es llamado el tutor y el tutelado; la misma herencia en que representa al tutelado y a otra persona, etc. Habría que traer aquí a colación toda la doctrina elaborada por tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca del conflicto de intereses: existe cuando la actuación en nombre propio por parte de quien desempeña cargo tutelar o en nombre de un tercero puede implicar «potencialmente» un menoscabo en los intereses del tutelado. Aquí conviene extremar las precauciones y en caso de duda (si hay esa duda digamos que «ya existe el conflicto de intereses») recabar las necesarias autorizaciones, denegando la autorización en su caso del instrumento público.

Expresamente, por último, se determina que no puede el tutor adquirir por título oneroso bienes del tutelado ni transmitirle bienes por igual título. ¿Hay que entender prima facie que la prohibición es absoluta y ni siquiera salvable con la correspondiente autorización judicial?

Tal vez no deja de ser redundante esta prohibición y parece que hubiera sido suficiente con la prohibición de autocontratación general anterior. En general diría que, salvando el párrafo o apartado primero, los dos siguientes no dejan de ser redundantes dentro del sistema de regulación de los aspectos patrimoniales de la tutela. La doctrina lo justifica en el sentido de que tratándose de los casos previstos en el artículo 221 por tratarse de actos contrarios a norma prohibitiva la sanción es la de nulidad prevista en el artículo 6 del Código y no la anulabilidad que es el tipo de sanción que se predica de los actos comprendidos en los artículos 271 y 272. Independientemente de ello, estimo que tales actos no están radicalmente prohibidos sino que cabe autorización judicial que en interés del tutelado permita su realización; si bien en este caso posible de permisión, será preciso también el nombramiento de defensor judicial en los términos del artículo 299.

Un precepto del que se hace uso muy habitual en la práctica notarial, en concreto por la vía de su concreción testamentaria: me refiero al artículo 224 del código civil al decir que podrán los padres en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Es frecuente, y normalmente se recomienda en los testamentos de los padres cuando tienen hijos menores y teniendo en cuenta hoy la edad de la paternidad/maternidad —a partir de los treinta normalmente— hacer dicha designación de tutor, al menos con carácter preventivo; más frecuente aún en el testamento de las personas separadas y divorciadas respecto de los hijos habidos de su matrimonio, normalmente con la finalidad de excluir al otro progenitor al que no se considera «adecuado» para la administración de los bienes de los hijos durante su minoría de edad o en un posible supuesto de incapacitación.

Sabemos que tales disposiciones no vinculan al órgano judicial en cuanto al nombramiento de tutor pues de conformidad con lo establecido en el artículo 225 en todo caso rige el principio del beneficio del incapacitado y la apreciación de éste se realiza en vía jurisdiccional.

En la reforma del año 2003 se incluyó el párrafo referente a la autotutela y el relativo a la comunicación al Registro Civil. A pesar de las dudas que pudieran plantearse, de una lectura conjunta del mencionado artículo se deduce que los títulos que ha de comunicar el notario al Registro Civil relativos a las disposiciones sobre tutela son los que denomina «otros documentos públicos» distintos del testamento. Ello se deduce de una interpretación combinada con el resto del ordenamiento jurídico: ya se sabe del contenido secreto del testamento durante la vida del testador (sólo él o su apoderado con poder especial pueden obtener copia), del secreto del protocolo notarial salvo las excepciones previstas en la ley (podría pensarse que dicha excepción se produce en el caso de testamento en que se contiene cualquiera de las disposiciones sobre tutela a que se refiere dicho artículo). Entiendo que dado que la mención o indicación es al margen de la inscripción de nacimiento, la comunicación se realizará al Registro Civil en que se encuentre practicada dicha inscripción mediante la remisión de copia del documento (copia que será parcial en su caso, limitada a los aspectos que tengan trascendencia en aquello a que se refiere el art. 224).

Para mayor claridad el último párrafo del artículo alude a que en los procedimientos de incapacitación el juez recabará información del Registro Civil y en su caso del Registro de Actos de Última Voluntad a los efectos reseñados. He de entender que para ello el Juez ha de tener conocimiento de la posible existencia de tales disposi-

ciones bien porque así resulte del Registro Civil o bien porque al solicitar la copia del testamento por fallecimiento de cualquiera de los padres del «presunto incapaz», el Juez recabe la información al registro de actos de última voluntad sobre la existencia o no de testamento, y en su caso solicite copia del mismo para comprobar si los padres adoptaron alguna precaución sobre sus hijos con causa de incapacitación. La alusión a la solicitud de información del Registro General de Actos de última Voluntad confirma la posición de entender que las disposiciones tutelares contenidas en testamento no han de comunicarse ab initio por el Notario al Registro Civil.

En todo caso la función del notario derivada de la aplicación del artículo que comento es importante: ha de indagar, contemplar, explorar la situación de la persona con discapacidad y ambiente familiar para asesorar jurídica y de forma implicada con la finalidad de que los padres puedan formarse una voluntad adecuada en torno a la protección jurídica de su hijo que en el momento pudiera estar incapacitado, o simplemente concurrir en él alguna causa para ello o más sencillamente, respecto del hijo en el que quizás no concorra causa para ello pero en previsión (la contingencia de la vida) de que ello pueda ocurrir. ¿Quiénes mejor que los padres o uno mismo para decidir sobre tal aspecto dentro de los márgenes (y aquí entra el notario) que la Ley le concede? El papel del Notario en la justicia preventiva y en la protección preventiva es a veces desconocido pero abre unos cauces muy amplios dentro del amparo de la fe pública dimanante del Estado.

Se complementa lo dispuesto en el artículo 223 con los artículos siguientes: el 225 y 226 que quizás no son más que claras conclusiones de principios generales de nuestro derecho de personas.

El artículo 227 también es interesante en la función notarial: al disponer de bienes a título gratuito a favor de una persona menor o incapacitada (entiéndase que no obstante la dicción literal, puede hacerse uso de tal precepto en cualquier disposición a título gratuito para el supuesto de que el favorecido fuera efectivamente incapacitado) podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona del administrador; cierra el precepto con una regla de residuo que no deja de ofrecer ciertas dudas como todo el artículo en sí. Se me plantean al respecto varias cuestiones:

Si la persona ya tiene nombrado tutor y se realiza a su favor una disposición con designación de administrador, no deja de plantear la desconfianza del donante hacia la persona que ejerce el cargo tutelar y pudiera plantear en algún supuesto concreto algún tipo de conflicto irresoluble en perjuicio de la persona con discapacidad.

Si se trata, y es frecuente, de disposiciones hechas en el testamento del padre/madre del hijo que es después incapacitado, pudiera plantearse la disociación entre

tutela y administración de los bienes percibidos por vía testamentaria. Piénsese que no es infrecuente hoy en parejas separadas con hijos comunes que ante la evidencia de que la tutela/patria potestad prorrogada recaerá en el otro progenitor no se quiere que sea éste quien administre los bienes que deje a su hijo/hija. Aquí el notario en un ejercicio responsable de su función debe advertir claramente de la posibilidad del conflicto y aunque nada determina el Código, las facultades judiciales de moderación, coordinación y contemplación del interés del incapacitado deberían permitirle modular o reformar estas medidas al hacer el nombramiento del tutor, en un sentido similar al determinado en el artículo 224 del Código.

Conviene también por la trascendencia en nuestra función hacer alguna precisión de índole práctica acerca de los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, autorización que habrá de exhibirse al notario y éste, previa calificación de su suficiencia para el acto o contrato pretendido, deberá incorporar a la escritura. Planteo sólo algún supuesto que produce alguna que otra duda en la práctica diaria de la oficina notarial: supuesto de compra de bienes a nombre del tutelado, ¿es necesaria la autorización judicial? El supuesto de hecho concreto es el siguiente: comparece en Notaría el tutor para comprar una finca colindante a la del tutelado y agruparla con ésta. El número 2.º del artículo 271 determina que se precisa de autorización judicial para celebrar actos y contratos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, norma ésta de cierre que somete a autorización la mayor parte de los actos y contratos que se autorizan en Notaría. Aunque la expresión «carácter dispositivo» pudiera llamar a confusión en el caso que analizamos y entender que en una compraventa (en la que el comprador es el tutelado) de escasa cuantía no existe acto dispositivo si lo miramos como disposición de inmuebles pero también hay que entender que cuando se combina el criterio de la inscripción (referida a inmuebles) con la disposición de cantidad, concurre claramente el aspecto dispositivo. Creo que el tutor no es el que debe enjuiciar cuándo concurre o no el aspecto dispositivo en un acto; en caso de duda, debe recabar la autorización pertinente aun sometiéndose a las dilaciones que ello conlleva. El carácter dispositivo se predica del acto o contrato en su conjunto y no sólo desde el punto de vista de la adquisición o enajenación de inmuebles.

Otra cuestión que en materia de autorizaciones judiciales ex artículo 271 plantea problemas es la relativa a la aceptación y partición de herencias donde interviene o tiene interés un incapacitado. Parto de un supuesto tomado de la realidad: herencia con tutelado en la que interviene el tutor aceptando y repartiendo la herencia de acuerdo con el título sucesorio —adjudicación según cuotas previstas en el testamento—; no se solicitó autorización judicial previa para la aceptación; se omitió el trámite por razones de economía procesal para someterla posteriormente a la aprobación

judicial. El juez deniega la aprobación de la partición hecha declarándola nula por no haberse solicitado la autorización previa para aceptarla «sin beneficio de inventario»... no admite por decirlo de alguna forma una aprobación posterior convalidatoria sino que obliga a solicitar la autorización previa o bien a aceptar la herencia a beneficio de inventario para posteriormente otorgar nueva escritura particional y someterla a aprobación judicial. Es contraria esta postura a la de la Dirección General de los Registros y del Notariado y está claro que desde un punto de vista sustantivo no aporta nada nuevo a la protección de los intereses en juego sino quizás con esa «vuelta a empezar» consigue lo contrario, más si se tiene en cuenta que la aceptación a beneficio de inventario normalmente en la práctica no va seguida de los trámites que la ley prevé para ello y sencillamente se limita a ser una declaración formal en la escritura que abre la puerta a la partición y posterior aprobación judicial (entiendo que el inventario queda cumplido con el realizado en la escritura en la que en cambio no se hace citación de los acreedores).

En este breve recorrido por el Código Civil por algunos de los artículos que en relación con la materia Notario /protección de la persona con discapacidad llegamos al ámbito clásico y quizás más conocido o popular diría de la actuación del notario: el ámbito del Derecho de Sucesiones. Y es aquí donde quizás más claramente se trazan las líneas de actuación del notario en relación con las personas que tienen una capacidad limitada. Tras partir de ese principio general del «favor testamenti» (art. 662), el posterior artículo 663 señala que no pueden otorgar testamento las personas que habitual o accidentalmente no se hallan en su cabal juicio. Pregunta clásica y obligada es la de «qué ha de entenderse por cabal juicio»... En el Digesto se recoge la cita de Labeon, «In eo qui testatur eius temporis quo testamentum facit integritas mentis non corporis sanitas exigenda est» («En el que testa se ha de exigir al tiempo en que hace testamento la integridad de su juicio y no la salud de su cuerpo»). El tipo de discapacidad que afecta a la posibilidad o capacidad para hacer testamento es aquel que afecta a lo intelectual o volitivo: es decir la perturbación mental... Lo trascendente no es la incapacitación o no técnica, sino el estado mental «de facto» en el momento del testamento... Como indica el diccionario, estar cabal es «tener completas o normales sus facultades mentales». Pero entramos aquí en un terreno que diría escabroso y en el que el margen de enjuiciamiento del notario es amplio: ¿qué tipo de perturbación o enfermedad de las denominadas mentales afecta a la posibilidad de testar? Bajo la denominación de lo que antes se llamaba «locura» entran o pudieran entrar un gran número de tipologías psiquiátricas que pueden influir en mayor o menor grado en la capacidad y estimación de lo que se quiere. Además estos estados no son planos o lineales sino que, como cualquier otra dolencia o situación vital, tienen variaciones en su devenir pudiendo, claro está,

por ejemplo, una persona aquejada de esquizofrenia otorgar testamento siempre que en ese momento no esté sufriendo un brote evidente y perturbador de la enfermedad... El notario tiene el deber y la necesidad de entrar a valorar el estado de la persona que trata de testar y para ello ha de evitar firmar sin más el testamento que le redactan, y debe indagar la voluntad y el estado del testador sencillamente dedicando un rato a hablar con él acerca de los datos personales que se recogen el testamento: edad, filiación, nacimiento, estado civil, su situación familiar, etc. En la mayor parte de los casos en esta fase se detecta la existencia de algún tipo de anomalía en el «querer y poder» lo que se manifiesta por contradicciones en las declaraciones, inquietud, errores evidentes, comentarios inapropiados. Es importante valorar si el testador viene solo o acompañado; si hace un testamento que diríamos «habitual» o si pretende algo distinto sin explicación lógica en principio. En caso de duda, la apreciación de capacidad por parte del notario se puede completar con el dictamen de un facultativo o mejor, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 665 para el incapacitado en virtud de sentencia, dos facultativos (preferiblemente del ramo psiquiátrico) que lo reconozcan. Y enlazando este artículo con el mencionado 665 me pregunto qué significa ese «previamente le reconozcan»... Si el notario designa a los dos facultativos que previamente le reconozcan y no autoriza el testamento sino cuando ellos respondan de su capacidad, nos lleva a la conclusión de que en este caso la actitud del notario es totalmente comprometida, como si fuese un acto de jurisdicción voluntaria de reconocimiento de capacidad: el notario busca los facultativos (los designa); está presente en el acto de apreciación de capacidad (reconocimiento que ha de ser cuasi simultáneo al otorgamiento para que el notario responda de esa capacidad, y pueda asegurar que al tiempo de la autorización el otorgante estaba en su cabal juicio); los facultativos han de responder de la capacidad del otorgante para hacer testamento, pero ello no implica que no sea el notario el que en este caso enjuicia: el notario no se limita a recoger simplemente la afirmación de los facultativos acerca de la capacidad del testador; no se elimina desde mi forma de ver ni la responsabilidad del notario en el enjuiciamiento de capacidad propiamente dicho ni en la autorización: el notario puede no obstante el juicio de los facultativos denegar la autorización; no obstante, si el juicio técnico es negativo no procede en este caso la autorización y sí sería conveniente en este caso levantar acta por el notario en la que se incorpore el dictamen de los facultativos a la vista de posibles reclamaciones.

Lo normal en la práctica es que en presencia de persona de cuya capacidad se duda el notario pida el certificado médico, el cual le es presentado para autorizar el testamento careciendo de los requisitos de inmediatez y unidad de acto que se establecen en el artículo destinado al incapacitado en virtud de sentencia. La realidad

más adecuada debería ser, como se ha expuesto supra, la de un dictamen previo pero inmediato anterior al testamento articulado como acta de presencia con dos peritos (psiquiatras preferentemente dado que se trata de apreciar el «cabal juicio») que respondan de la capacidad del testador (es decir, que digan claramente que esa persona puede y sabe expresar libremente su voluntad mortis causa) y que así lo afirmen. La realidad como decía es que en la práctica no se pide la intervención facultativa con ese alcance y si así fuera, no dejaría de ser un elemento disuasorio para la firma del testamento: si se pide esto es para justificar la negativa a la autorización.

Para suplir esta falta o negativa a la formalización notarial del testamento, en los casos de personas con ascendientes hay que acudir a la sustitución pupilar o en este caso ejemplar. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 776 del Código el ascendiente (nótese: no sólo el padre el madre sino incluso el abuelo/a o ascendiente posterior) pueden nombrar sustituto a su descendiente mayor de 14 años que conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental; es decir, queda claro que el tipo de incapacidad que afecta a la testamentificación activa es la enajenación mental (no física) y es claro que la interpretación «notarial» (siempre avanzada) entiende que no se requiere que la incapacitación exista al tiempo de la designación de sustituto, o sea, cabe el nombramiento preventivo en el testamento del ascendiente por si el descendiente fuera incapacitado (y no sólo cuando ya lo está) y ello a pesar de los problemas que plantea el saber si ese testamento ha de referirse sólo a los bienes que el sustituyente deja al sustituido incapaz, si ha de respetar en todo caso las legítimas en el sentido de que no puede imponer sustitución sobre ellas, etc. Estimo que, si no de lege data, al menos de lege ferenda en el caso de incapaz declarado o no, tales facultades han de interpretarse en sentido amplio: es decir, habría de entenderse que realmente el testamento hecho de tal manera equivale al testamento hecho por el incapaz respecto de los bienes que pueda recibir del sustituyente e incluso respecto de los bienes que ya tenga el incapacitado siempre y cuando se respeten las legítimas correspondientes en la sucesión del mismo. No obstante, esta interpretación pudiera ser distorsionante en la práctica si varios ascendientes de forma independiente designan sustituto: ¿cómo compatibilizar las disposiciones de uno y otro? Sólo puede entenderse si tal designación queda limitada a los bienes que reciba el sustituido (incapaz) del sustituyente quedando en su caso una porción de bienes (los propios del sustituido) vacante y a la espera de la sucesión intestada.

Por último, en materia testamentaria recalcar que el estado que hay que apreciar es el existente al tiempo de otorgar testamento (art. 666) pero quizás no haya de tomarse al pie de la letra: si el notario tiene conocimiento de que el potencial testador normalmente no se haya en su «cabal juicio» debe extremar las precauciones y en

su caso denegar el otorgamiento por mucho que le pueda parecer que se encuentra en un intervalo lúcido al tiempo del otorgamiento.

Así parece confirmarlo la Dirección General en un caso concreto en que intentó el otorgamiento de testamento por persona incapaz sujeta a curatela en atención a su grado de discernimiento. En el caso concreto se pretendió el otorgamiento asistido por el curador (casualmente el cargo de curador lo desempeñaba el cónyuge) denegándose dicha autorización por el notario basándose en la premisa de ser el testamento un acto personalísimo y en su caso por existir conflicto de intereses con el curador; y además porque el conocimiento personal del interesado en el momento del requerimiento en ningún caso ha hecho formarse hasta ahora al notario un juicio positivo sobre su capacidad para otorgar testamento. La sentencia de incapacitación previa del testador determinaba su incapacidad para realizar actos de disposición económica de cantidades superiores a tres mil euros así como para los actos de disposición mortis causa, determinando que para tales actos necesitaría la asistencia de curador y designando como se ha dicho al cónyuge. Con independencia del conflicto de intereses con el curador en el caso concreto, con independencia del carácter personalísimo del testamento y la posible atenuación o no de este principio, llegado el caso a la Dirección General por el recurso planteado ante la negativa del notario a la autorización, el Centro Directivo da la razón al notario recurrido manifestando que el notario es en definitiva quien con los elementos de juicio que tiene, que pueden ser muy variados, debe decidir bajo su responsabilidad si el testador tiene o no capacidad para testar en el momento en que pretende hacerlo. Además la Dirección General alude a que la asistencia del curador en los actos de disposición mortis causa (v.gr., Testamento) puede chocar frontalmente con el carácter personalísimo del testamento ya que los límites de dicha asistencia no quedan claros, y quedan difuminados entre la colaboración en parte, en la formación del negocio, o la posible actuación pasiva, y el peligro de ir en contra de la norma imperativa del artículo 670 del Código Civil.

La reforma del código efectuada por la ley 41/2003 de 18 de noviembre sobre Protección Patrimonial de las personas con discapacidad introdujo una sustancial modificación en el artículo 831 del Código Civil: con el pretexto de arbitrar nuevas medidas para la protección de la persona con discapacidad introdujo y abrió la puerta a una mayor libertad de testar y a la figura (hasta entonces no admitida) de la «fiducia sucesoria» que ya tenía una importante acogida en los derechos forales catalán y navarro por ejemplo. Aunque la aplicación desde el punto de vista fiscal de dicha delegación podría plantear algún inconveniente (posible tributación a cargo del cónyuge y de los favorecidos) hay que combinar este obstáculo fiscal con las amplias bonificaciones que se reconocen actualmente en casi todas las Comunidades

Autónomas en las sucesiones a favor de hijos o descendientes incapacitados o con algún tipo de discapacidad.

Recalcar de nuevo el margen que el artículo concede para que el cónyuge que sobreviva pueda decidir en función de las circunstancias de sus hijos (y concretamente a la vista de la concurrencia de la persona con discapacidad o presunto incapaz) a quien mejorar o no y el momento de hacerlo... y téngase en cuenta que esta mejora no ha de ser necesariamente a favor de la persona con discapacidad sino que puede serlo a favor de aquel otro de los hijos (hermano de la persona con discapacidad) que de forma efectiva y eficiente se ocupe de aquella, pudiendo en este caso modalizar o condicionar la atribución dependiendo de ese adecuado y real trato que se dispense por el favorecido a favor de la persona con discapacidad.

Aquí también hay que traer a colación (derivado de la mencionada reforma del año 2003) la importante excepción al principio clásico de la intangibilidad cualitativa de la legítima que se introduce en el artículo 808 del Código: se permite la posibilidad de establecer gravamen fideicomisario sobre el tercio de legítima estricta siendo fiduciarios los hijos o descendientes incapacitados judicialmente y fideicomisarios el resto de coherederos forzosos. Como ya es posible el gravamen sobre el tercio de mejora, claramente también sobre el de libre disposición y ahora se admite sobre todo el tercio de legítima (no sólo sobre la parte correspondiente al incapacitado), ello supone la posibilidad de someter toda la herencia a una administración interina y disfrute de la misma en beneficio del incapaz pero esta interpretación casa mal con el concepto de sustitución fideicomisaria que implica un encargo de conservación de unos bienes para su transmisión a un tercero. Sólo entendiéndolo en este caso esa conservación de una forma dinámica (con posibilidad de aprovechar los frutos y rentas de los bienes) puede esta figura deparar beneficios para la persona con discapacidad. No entro en los problemas de índole práctica que este régimen podría plantear, que son los propios de toda sustitución fideicomisaria unidos a la concurrencia de un incapacitado. Siempre he pensado que la figura de la sustitución fideicomisaria ha de ser de aplicación restrictiva y que el notario al tiempo de redactar el testamento ha de ser cauto y redactar la cláusula sustitutoria con la mayor precisión posible para evitar dudas interpretativas que podrían llegar a bloquear la disposición o administración de un patrimonio. En realidad todas estas reformas y atisbos de liberalización en el sistema legitimario en beneficio de las personas con algún tipo de discapacidad son loables pero tímidas, atenuadas quizás por el miedo a conculcar los principios tradicionales de nuestro derecho sucesorio. Hubiera sido adecuado introducir en estos casos una libertad de testar para los padres y ascendientes en contemplación a las necesidades de sus hijos con discapacidad. Con los «mimbres» del ordenamiento actual el notario ha de hacer una interpretación integrada e integral para conseguir

que el interés y bienestar de la persona con discapacidad quede suficientemente protegido de cara al futuro, en esa delicada situación en que ya no estén presentes los progenitores o ascendientes. Lo adecuado hubiera sido que sin forzar las instituciones, sin necesidad de acudir a artificios (como ha sucedido tradicionalmente por ejemplo con la cautela socini como vehículo para dejar al cónyuge sobreviviente el usufructo de toda la herencia) se hubiera podido prever la protección dinámica de los derechos de la persona con discapacidad.

Con esto, y teniendo presente esa actitud integradora, sensible y realista (no son irreconciliables «razón y sensibilidad») de José Soto, doy por terminado este acercamiento breve de mi quehacer como notario desde el Código Civil al mundo de la discapacidad. Abogo por una mayor flexibilidad jurídica en este ámbito acompañada de un sistema de control más cercano y pegado a la realidad de las personas que padecen algún tipo de discapacidad volitiva-intelectiva. Y es que en definitiva como decía Mario Benedetti:

«...Los delirantes pasan al lado de la muerte y le hacen un guiño... Nos movemos como si fuéramos eternos, sin tomar precauciones, más o menos sonámbulos, festejando los rayos y los truenos, y mirando a través de la lluvia...».

Capítulo XI

DERECHO DE HABITACIÓN Y ALIMENTOS

José Antonio Hernández Redondo

Magistrado-Juez de Primera Instancia

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en cumplimiento de la obligación que la constitución impone a los poderes públicos de realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos¹ ha introducido importantes novedades en

¹ El artículo 49 de la Constitución Española, incluido en el capítulo III - rubricado *De los principios rectores de la política social y económica* - del Título I - rubricado *De los derechos y deberes fundamentales* - dispone 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.*

Precepto que ha de interpretarse en consonancia a la cláusula del Estado Social, recogida fundamentalmente en los artículos 1.1 y 9.2 —incluidos en el Preámbulo—. El primero de dichos preceptos establece que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*; el segundo, que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

Asimismo, ha de interpretarse desde el punto de vista del derecho a la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad. Derechos consagrados en los artículos 14: *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, y 10.1 de la norma constitucional: *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

nuestro ordenamiento, con la finalidad de regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección: el patrimonial.

Trata con ello la ley de adaptarse a la nueva realidad creada, es decir, la supervivencia de muchas personas con discapacidad a los que habitualmente se han encargado de atender sus necesidades: sus progenitores, estableciendo medidas patrimoniales para garantizar que en el momento que estos fallezcan tengan medios económicos para atender sus necesidades².

La finalidad perseguida pretende la ley alcanzarla estableciendo, por un lado, medidas de protección de una masa patrimonial, que denomina patrimonio protegido³, y de otro, introduce diversas modificaciones en leyes ya existentes en nuestro ordenamiento⁴.

² Señala la Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado I, que *son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución. Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica a la persona con discapacidad no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro de la persona con discapacidad en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. Esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, 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. En gran parte, tales medios son proporcionados por los poderes públicos, sea directamente, a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas. Sin embargo, otra parte importante de estos medios procede de la propia persona con discapacidad o de su familia, y es a esta parte a la que trata de atender esta ley.*

³ El apartado primero del artículo 1 de la Ley 41/2003, al definir su objeto señala que *el objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.*

⁴ El apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 señala que *sin embargo, el contenido de la ley no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con*

El presente artículo se centra en las modificaciones introducidas en el título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, en el que crea un nuevo capítulo II, rubricado «*Del contrato de alimentos*»; y, dentro de las modificaciones introducidas en materia sucesoria, la del artículo 822 del Código Civil, en la que se establecen medidas favorecedoras de las donaciones o legados de un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda, que siendo la habitual, vaya a ser objeto de ese derecho.

2. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

a) Concepto

El artículo 12 de la Ley 41/2003 introduce en el Código Civil la regulación de un nuevo contrato denominado «contrato de alimentos», como modalidad de contrato aleatorio. Este tipo contractual, en el que su principal elemento caracterizador es la intervención del azar, lo define el Código⁵, en el artículo 1790, señalando que *por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*

El artículo 1791, primero de los artículos de la regulación del contrato de alimentos, describe el mismo señalando que *por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.*

discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Estas modificaciones se realizan siguiendo las pautas aconsejadas por la Comisión General de Codificación.

⁵ En el Capítulo Primero del Título XII del Libro IV, bajo la rúbrica *Disposición general*. Este Título regula actualmente los siguientes contratos aleatorios: el contrato de alimentos —en el Capítulo II—, el juego y la apuesta —en el Capítulo III—, y la renta vitalicia —en el Capítulo IV—.

b) Antecedentes

Algunos autores han considerado que no se trata de una figura nueva realmente⁶, sino que se amplían las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista⁷.

Como pone de relieve D. Vicente Magro Server⁸, este contrato ya tenía un antecedente en el contrato de vitalicio⁹, que no era una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1.802¹⁰ y siguientes del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen en el

⁶ Así, lo señala la profesora D.^a Carmen MUÑOZ GARCÍA, en Diario La Ley, n. 7313, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2010, Año XXXI, Ref. D-1, que cita la obra del profesor CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Ed. Edersa, Madrid, 2000, que señala que su origen se encuentra en figuras afines que se conocen desde el Derecho romano, y Edad Media.

⁷ PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C.: *Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas*. Aranzadi Civil, núm. 20/2004, Estudio. BIB 2005\378.

⁸ MAGRO SERVER, V.: *El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores*. Diario La Ley, n.º 6019, Año XXV, de 17 de mayo de 2004, Ref.^a D-110.

También considera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que en estos preceptos se regula el contrato de vitalicio. En *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*. Aranzadi Civil, núm. 16/2003, Tribuna. BIB 2003\1448.

⁹ Contrato de vitalicio, doctrinalmente definido como aquel por el que «una persona —llamada constituyente o alimentista— se obliga a transmitir a otra —denominada deudor— unos determinados bienes o derechos a cambio de que éste se comprometa a prestarle a aquel alimentos y asistencia, en la forma y extensión que ambos convengan, por el tiempo de la vida de una persona que coincide con la del constituyente o acreedor de esta prestación de hacer», ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Barcelona, 2001, pág. 23. Citado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: en *Las fronteras del concepto jurídico de familia*. Diario La Ley, n.º 6127, Año XXV, de 15 de noviembre de 2004, Ref.^a D-231.

Jurisprudencialmente se ha señalado que el contrato de vitalicio es aquél en virtud del cual, una persona recibe de otra u otras un capital o unos bienes determinados a cambio del compromiso de darle habitación, manutención y toda clase de asistencia y cuidados durante toda su vida (por lo que se trata también de un contrato aleatorio o «a riesgo y ventura», cuya duración en el tiempo es incierta al depender de la duración de la vida del alimentista). S. A. P. de Badajoz, Sección 3.^a, de 29 de enero de 2004.

¹⁰ Modalidad de contrato aleatorio que el artículo 1802 del Código describe señalando que *el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*.

mismo. Señala también que este contrato había sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo y se establecía, para aquellos supuestos de personas que por haber alcanzado cierta edad llegaban a un acuerdo con sus hijos y/o familiares cercanos, a fin de que se cedieran bienes o derechos a cambio del contenido de la prestación alimenticia, añadiendo la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, como posibles partes contractuales, a las personas con discapacidad¹¹.

La jurisprudencia, tanto las Audiencias Provinciales¹² como el Tribunal Supremo (a partir de la sentencia de 28 de mayo de 1965), reconoció la posibilidad de establecer la prestación de alimentos como vínculo contractual, al amparo de la libertad de pactos consagrada en el Código Civil¹³, pudiendo obligarse contractualmente, por tanto, a atender las necesidades del alimentista otras personas distintas de las que por la regulación legal venían obligados¹⁴. Como señalan al-

¹¹ El apartado VIII de la Exposición de motivos de la Ley 41/2003 señala que *en tercer término, se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista. Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil.*

¹² Por razones de proximidad, cabe citar la sentencia de Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2004. Esta resolución, además de hacer referencia a las figuras contractuales que se mencionarán más adelante por sus semejanzas con este contrato, señalaba al estudiar su carácter aleatorio que «este tipo de relaciones jurídicas en las que una parte recibe un capital asumiendo una obligación que, cualquiera que sea su valoración inicial, nunca podrá, hasta el momento del fallecimiento del cedente, calcular en lo que a su coste concierne y lo mismo ocurre con el cedente que puede salir beneficiado o perjudicado con el negocio según sus condiciones de vida y eso, la dependencia del azar en cuanto al tiempo de la eficacia del pacto, es lo que permite calificar el contrato como aleatorio sin que pueda decirse, como se mantenía en la Sentencia de 9 de febrero de 1990, porque el pensionista fallezca pronto, que ello origina un enriquecimiento injusto».

¹³ El artículo 1255 de dicha norma dispone que *los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

¹⁴ El artículo 143 del Código Civil establece que *están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida,*

gunos autores¹⁵ resulta especialmente patente su utilidad en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del CC.

De otra parte, el Tribunal Supremo¹⁶, recordaba que el vitalicio se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento «a nourriture» (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de «altenteil» («parte de viejo») en el derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la «zádruga» en la antigua Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato «d'entretien viager», por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código Civil de Obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia.

También señala la jurisprudencia¹⁷ que otras similitudes se encuentran en la «dación personal», institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, modificada por Ley 3/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la «pensión alimenticia» de Cataluña —ajena a los censales,

cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

¹⁵ GONZÁLEZ GRANDA, P.: *Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas*. Diario La Ley, n.º 6521, de 7 de julio de 2006, Ref.ª D-166, Diario La Ley, n.º 6522, de 10 de octubre de 2006.

PASTOR ÁLVAREZ, M.ª C.: *Obra anteriormente citada*.

¹⁶ STS de 9 de julio de 2002.

¹⁷ SAP de Tarragona, Sección 3.ª, de 23 de octubre de 2004.

violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito—, en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, de que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.

c) Naturaleza

En consecuencia, hasta la aprobación de la Ley 41/2003 se había hablado de este contrato bajo la denominación *de vitalicio*, que no era una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 y ss. CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen en el mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, la moral o al orden público —art. 1255 CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones¹⁸. A partir de la aprobación de dicha Ley, ya no es un contrato innominado o atípico al haber sido regulado de forma específica en el Código Civil.

¹⁸ La STS de 1 de julio de 2003, que citaba la de 28 de mayo de 1965.

d) Forma

La Ley 41/2003 no establece una forma determinada para la validez de este contrato, por lo que habrá de estarse al principio general de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento¹⁹.

e) Contenido

El contenido actual del contrato de alimentos lo establece el artículo 1793 del Código Civil, el cual dispone que *la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.*

Se aparta así de lo dispuesto para la obligación legal de alimentos. El Código, al regular ésta, define en el artículo 142 del Código Civil el contenido de la prestación²⁰, pero al remitirse al contenido del contrato determina la posibilidad de incluir otras obligaciones referidas a la asistencia en sentido más amplio, en definitiva, obligaciones de índole afectiva, entre las que se incluían la compañía, el cuidado y afecto²¹, pudiendo estar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista, pero también trascender de las mismas, constituyéndose así, como una obligación de dar, pero también de hacer, incluso de no hacer, superando el objeto de la prestación las propias necesidades del alimentista²².

¹⁹ Así el Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de octubre de 2002, indica: «...que nuestro Derecho se ha consagrado, desde el Ordenamiento de Alcalá, el principio de libertad de forma, que proclama el artículo 1278 del Código Civil, salvo muy contadas excepciones y que cuando el artículo 1280 enumera unos casos en que, dice literalmente, que deberán constar en documento público no significa otra cosa que, como dispone el artículo 1279, las partes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma.

También consideran que se perfecciona por el mero consentimiento y que es suficiente el mero acuerdo de las partes para que nazca en la vida jurídica las sentencias, como la de la Sección 1.ª de la AP de Tarragona, de 2 de julio de 2008, rec. 129/2008, que han aplicado las disposiciones del contrato de alimentos regulado en los artículos 1791 y ss. del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 41/2003.

²⁰ Este precepto dispone que *se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.*

²¹ MAGRO SERVET, V.: Artículo anteriormente citado.

²² Así lo afirma la profesora MUÑOZ GARCÍA, C., en la obra anteriormente citada, que hace referencia a la obra del profesor GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación

Además, establece una especie de cláusula de salvaguarda de la prestación, al desvincularlos de las posibilidades económicas, a diferencia de lo que preceptúa el artículo 146²³ para la obligación legal.

f) Extinción

En relación con la extinción de este contrato, el artículo 1794 establece que *la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero.*

Como señala D. Vicente Magro Server²⁴, el hecho de que no se apliquen el resto de las causas previstas en el artículo 152 del Código Civil²⁵, entre las que se encuentra el hecho de que el alimentista pueda cubrir sus propias necesidades, demuestra y refuerza el carácter contractual de esta obligación, a diferencia de la obligación que se considera *ex lege* de los artículos 142 y siguientes del Código por las propias relaciones familiares entre alimentante y alimentista, dado que la obligación en el contrato de alimentos surge de un pacto entre las partes.

En cuanto a la muerte del obligado a prestar alimentos como causa de extinción de la obligación²⁶, el artículo 1792 dispone que de producirse, *o de concurrir cualquier*

del contrato de alimentos», en *Revista Derecho Privado*, marzo/abril 2004, págs. 153 a 173, señalando que éste se hace eco de cuanto refiere GUILARTE (GUILARTE ZAPATERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXII-1.º (arts. 1802-1808), Madrid, 1982, págs. 381 y ss.) con ocasión de la distinción del contrato de vitalicio y el de renta vitalicia y, con gran acierto, refiere que en alimentos convencionales, la variabilidad deriva de la propia finalidad del contrato que configura a la prestación, en esencia, como deuda de valor.

²³ El cual establece que *la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*

²⁴ En el artículo anteriormente citado.

²⁵ Este precepto dispone que *cesará también la obligación de dar alimentos: 1.º Por muerte del alimentista. 2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. 3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. 4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación. 5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.*

²⁶ Téngase en cuenta que el artículo 150 del Código Civil, en relación con la obligación legal de alimentos dispone que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

*circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes*²⁷, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente. Lo que, en opinión de D.^a M.^a Paz Sánchez González lo que nos situaría, probablemente, en el terreno de la renta vitalicia de los artículos 1802 y siguientes del Código Civil²⁸.

En atención al carácter contractual de la obligación, no se recoge la imposibilidad de que el alimentista renuncie a los alimentos, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 151 para la obligación legal de alimentos²⁹.

Respecto al incumplimiento por parte del obligado, el primer párrafo del artículo 1795 dispone que *el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas*.

El segundo párrafo de dicho precepto establece que *en caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen*³⁰.

²⁷ Circunstancia no prevista para la obligación legal de alimentos y que tiene su razón de ser en la asunción voluntaria de la prestación por parte del obligado y en que, como se ha señalado con anterioridad, se pueden establecer otro tipo de prestaciones encuadradas en la asistencia del beneficiario de la prestación, entendido este concepto en un sentido amplio.

²⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: en *Las fronteras del concepto jurídico de familia*. Diario La Ley, n.º 6127, Año XXV, de 15 de noviembre de 2004, Ref.^a D-231.

²⁹ Este precepto dispone que *no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas*.

³⁰ Recoge para el supuesto particular del contrato de alimentos lo establecido con carácter general en el artículo 1124 del Código Civil que dispone que *la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los*

El artículo siguiente, el 1796, trata de proteger al alimentista de los eventuales perjuicios que podrían ocasionársele por la resolución del contrato y asegurar que pueda celebrar un nuevo contrato en el que se pacten prestaciones análogas a las establecidas en el contrato extinguido a consecuencia de la resolución. Este precepto dispone que *de las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.*

g) Garantías

La ley ha previsto la publicidad registral como garantía del pago de la prestación frente a terceros, mediante la posibilidad de inscribir, cuando los bienes o derechos que se hayan transmitido a cambio de los alimentos tengan la condición de registrales, bien como condición resolutoria la falta de pago de la prestación convenida, bien la constitución de un derecho de hipoteca sobre esos bienes. Así, el artículo 1797 dispone que *cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria*³¹.

La profesora D.^a Carmen Muñoz García³², al reflexionar sobre el incumplimiento de este contrato, señala que las soluciones previstas en la legislación civil (el procedimiento de ejecución forzosa sobre el patrimonio del obligado) y en la legislación

derechos de tercero adquirente, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

³¹ El artículo 157 de la Ley Hipotecaria, aprobada por el Decreto de 8 de febrero de 1946, establece que podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas, o prestaciones periódicas. En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas. El acreedor de dichas rentas o prestaciones periódicas podrá ejecutar estas hipotecas utilizando el procedimiento sumario establecido en los artículos 129 y siguientes de esta Ley. El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos 1.º y 2.º del 115 de esta Ley. Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones.

³² En la obra anteriormente citada.

penal (que tiene una finalidad eminentemente sancionadora, disuadiendo, en primera instancia y sancionando ante el incumplimiento, después, para evitar que se produzca el incumplimiento de lo que libremente se pactó) para la protección de los desasistidos pueden resultar insuficientes. Después de analizar las faltas tipificadas en el Libro III, Título I, bajo la rúbrica de «Faltas contra las personas» y los delitos tipificados en Libro II, Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), Capítulo III (De los delitos contra los derechos y deberes familiares), sección 3, bajo la rúbrica «Del abandono de familia, menores e incapaces» del Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), llega a la conclusión de que en nuestro sistema, el área de aplicación de las normas de protección de las personas más o menos dependientes, es más reducida en los alimentos convencionales, que cuando deriva de la obligación *ex lege*, en la medida en que, los desplazamientos patrimoniales que tienen lugar en virtud de un contrato y que generan una obligación contractual, ciertamente con fuerza de ley (art. 1091 CC), no tienen más amparo que el referido. Por ello, entiende que junto a la protección dispensada directamente por el ordenamiento, cabe obtener la máxima protección a través de la homologación del acuerdo respecto de los alimentos convencionales por los tribunales y que es en el ámbito de la Jurisdicción voluntaria, en el que obteniendo la tutela judicial, se deriva la necesaria eficacia del acuerdo judicialmente aprobado.

Personalmente considero que, teniendo en cuenta la actual regulación de la jurisdicción voluntaria —en espera de lo que nos depare la anunciada futura regulación de esta materia— no es éste un cauce más adecuado que la jurisdicción contenciosa civil para asegurar el contenido patrimonial de este contrato y que es la jurisdicción penal el instrumento que se ha de articular para tratar de asegurar, dado su carácter incoercible, el cumplimiento (o, en último término sancionar el incumplimiento) de aquellas obligaciones que, no teniendo un carácter patrimonial puedan ser establecidas en el mismo, como se ha señalado anteriormente.

3. EL DERECHO DE HABITACIÓN

a) Introducción

Como se indicaba al inicio de la exposición, la Ley 41/2003 modificó también la redacción del artículo 822 del Código Civil³³, estableciendo medidas favorecedoras

³³ Precepto incluido en la Sección Quinta —*De las legítimas*—, del Capítulo II —*De la herencia*—, del Título III —*De las sucesiones*— del Libro Tercero —*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*—, del Código Civil.

de las donaciones o legados de un derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda que siendo la habitual vaya a ser objeto de ese derecho³⁴.

Según pone de relieve D.^a Silvia Díaz Alabart, se introduce así, por primera vez, una norma civil que favorece directamente la obtención por la persona con discapacidad del uso de una vivienda³⁵.

³⁴ El apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2003 establece que En segundo lugar, se introducen distintas modificaciones del derecho de sucesiones. De esta forma: a) Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos. b) Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley. c) Se reforma el artículo 822 del Código Civil, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible. Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación. d) Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí. e) Se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

³⁵ DÍAZ ALABART, S.: *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Aranzadi Civil, núm. 3/2006, Estudio. BIB 2006\385.

b) El derecho de habitación en el Código Civil

El Código Civil regula el derecho de habitación, conjuntamente con el derecho de uso en los artículos 523 a 529³⁶, si bien el artículo 528 dispone que *las disposiciones establecidas para el usufructo³⁷ son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo.*

El segundo párrafo del artículo 524 describe este derecho real al señalar que *la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.*

Respecto al contenido de este derecho, las facultades y obligaciones del que tiene derecho de habitación, según dispone el artículo 523, *se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes.* Disposiciones que establecen la imposibilidad de *arrendarlo ni traspasarlo a otro por ninguna clase de título³⁸* (art. 525), y que *si ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte* (art. 527).

En cuanto a su extinción, el artículo 529 dispone que *se extingue por las mismas causas que el usufructo³⁹ y además por abuso grave de la habitación.*

³⁶ Integrandolo el Capítulo II —bajo la rúbrica *Del uso y de la habitación*—, del Título VI —rubicado *Del usufructo, del uso y de la habitación*—, del Libro Segundo —que lleva por título, *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*—.

³⁷ Por tanto, serán de aplicación las disposiciones del Título VI, del Libro Segundo, artículos 467 a 522, en lo que no sean incompatibles con las características propias de este derecho o contradigan las normas que específicamente lo regulan.

³⁸ No obstante, algunos autores sostienen que la intransmisibilidad que establece el artículo 525 CC para los derechos de uso y habitación no es de carácter imperativo, y por ello se puede establecer la transmisibilidad en el título constitutivo. Así, DORAL GARCÍA DE PAZOS, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, 2.ª ed., 1992, págs. 484 y ss. En contra matizadamente, RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pág. 90. Citados por D.ª Silvia DÍAZ ALABART en la obra anteriormente citada.

³⁹ El artículo 513 del Código Civil establece que el usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción.

c) El artículo 822 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 41/2003

Tras la reforma, el precepto anteriormente citado dispone que *«la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

Señala D.^a Silvia Díaz Alabart⁴⁰ que lo que el legislador hace con este precepto es sustraer de las reglas generales de las legítimas un derecho. Por lo tanto, la persona con discapacidad beneficiada con esta disposición, además del mencionado derecho, tendría derecho a su legítima estricta, y en su caso, al de mejora (o a parte de él), y al de libre disposición. O dicho de otra forma, ese derecho de habitación es un plus sobre sus derechos de legitimario que por la condición de discapacidad le ofrece la norma. Indica también que aunque se haya empleado ese término inadecuado de computar para el cálculo de las legítimas, pues los legados tienen un régimen diferente del de las donaciones, al no computarse en sentido técnico para el cálculo de la cuantía de las legítimas, sino que se reducen si menguan éstas, a petición de los herederos forzosos (art. 817 CC), su sentido es bastante claro: que ya como donación ya como legado, el resultado para la persona con discapacidad sea el mismo, es decir que ese legado queda fuera de las reglas de las legítimas, por lo que el beneficiado por él, no verá en nada reducida su cuota legitimaria, y además tampoco será reductible en ningún caso.

⁴⁰ En el artículo anteriormente citado.

d) Requisitos para que pueda aplicarse el artículo 822 del Código Civil a una donación o a un legado de derecho de habitación

El artículo 822 prevé dos formas de atribuir un derecho de habitación a favor de la persona con discapacidad: en primer lugar, mediante legado o donación del titular de la vivienda habitual; en segundo lugar, por ministerio de la ley.

Donación o legado dispuesto por el titular de la vivienda habitual

Requisitos del donatario o legatario:

En primer lugar, ha de ser una persona con discapacidad, debiéndose tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 41/2003 establece que *a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*

En segundo lugar, ha de ser legitimario de quien disponga el legado o constituya el derecho de uso, sin que el artículo 822 haya establecido ningún criterio de preferencia en el caso de que más de un legitimario tuviera la consideración de persona con discapacidad.

Señala D.^a Silvia Díaz Alabart⁴¹ que aunque en la mayor parte de los casos los legitimarios con discapacidad que se beneficien de la excepción del artículo 822 serán los hijos o descendientes, también podrían hacerlo el cónyuge viudo, y —si faltaran los hijos o descendientes—, los padres o ascendientes. Con toda razón se ha señalado que, pese a la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 de querer proteger a las personas de edad, al exigir la condición de legitimario a la persona con discapacidad habitacionista, lo cierto es que los ascendientes sólo podrán gozar del derecho del artículo 822 CC, en el supuesto de que no existan descendientes. Dándose la paradoja de que la Ley 41/2003, cuando protege a los ascendientes de la persona con discapacidad, es en la situación en que más protegidos estaban ya; cuando tienen la condición de legitimarios.

Requisitos del donante o testador:

En primer lugar, deberá de ser una persona respecto de la que la persona con discapacidad tenga la condición de legitimario⁴² y deberá tener capacidad suficiente para donar o testar.

⁴¹ En el artículo anteriormente citado.

⁴² El artículo 807 del Código Civil dispone que son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y

En segundo lugar, exige el precepto que sea titular de la vivienda, expresión no especialmente acertada, aunque, según señala D.^a Silvia Díaz Alabart⁴³ su sentido básicamente ha de ser que tenga poder de disposición sobre ella.

Requisitos de la vivienda:

Ha de tratarse de la vivienda habitual dado que el artículo 822 trata de facilitar al legitimario con discapacidad la satisfacción de una necesidad tan esencial como la vivienda habitual, sin que sea aplicable cuando el derecho de habitación se constituya respecto a una segunda vivienda que se utiliza en período vacacional por más que en ella convivan durante ese tiempo disponente y persona con discapacidad, y el fallecimiento del primero se produzca durante dicho período⁴⁴.

La donación del derecho de habitación al legitimario con discapacidad

El artículo 822 prevé también la donación del derecho de habitación, sin especificar si se refiere a una donación *inter vivos* o a una donación *mortis causa*, debiendo recordar que la existencia de estas últimas en nuestro ordenamiento es discutida.

En todo caso, será de aplicación a la donación del derecho de habitación la regulación prevista en los artículos 618 a 656 del Código Civil⁴⁵, debiendo tener en cuenta, en especial, el requisito de forma exigido en el artículo 633, es decir, habrá de hacerse en escritura pública.

El derecho de habitación constituido por ministerio de la Ley

El segundo párrafo del precepto dispone que dándose los requisitos previstos en el párrafo primero, a los que anteriormente se ha hecho referencia, y los que a continuación se expondrá, se atribuirá por ministerio de la ley ese mismo derecho a la persona con discapacidad.

ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

⁴³ En el artículo anteriormente citado, en el que analiza diferentes supuestos de titularidad y cotitularidad de la vivienda habitual.

⁴⁴ DÍAZ ALABART, S.: Artículo anteriormente citado.

⁴⁵ Integrando el Título II —rubricado *De la donación*—, del Libro Tercero —rubricado *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*—.

La necesidad de la persona con discapacidad:

Requisito sólo previsto para este legado legal, se planteándose así la duda de si tal requisito es o no necesario también cuando es la voluntad del causante la que constituye el derecho. Entiende D.^a Silvia Díaz Alabart⁴⁶ que en ningún momento hay que perder de vista que el precepto establece un régimen extraordinario en perjuicio de los colegitimarios, que no tiene otra justificación que la protección de la persona con discapacidad, y que con el derecho de habitación, por su propia naturaleza no se pretende aumentar su patrimonio, si no solventar una necesidad, si ésta no existe, carece de sentido favorecer la medida. Así pues, tanto porque no se justifica romper la intangibilidad de las legítimas sino es por beneficiar a la persona con discapacidad, como porque carece de sentido beneficiarlo cubriendo una necesidad inexistente, entiendo que para el derecho de habitación del artículo 822 CC, dicho o no en el texto del precepto, en todos los casos es requisito esencial la «necesidad» de vivienda de la persona con discapacidad. Aunque no la necesite, ciertamente que el testador podría legarle (o donarle) ese derecho, pero no se aplicaría el artículo 822 y su valor se computaría para el cálculo de las legítimas.

La convivencia entre la persona con discapacidad y quien dispone o establece el derecho de habitación a su favor:

También exige el artículo 822 la convivencia entre persona con discapacidad y testador o donante en esa misma vivienda al tiempo del fallecimiento de éste, sin que sea preciso ningún plazo de convivencia previo a ese momento. Basta con que en el momento de la muerte del causante esa convivencia se hubiera iniciado.

Que no se haga en contra de la voluntad del testador:

El artículo 822 señala que este derecho ope legis se constituirá, concurriendo las condiciones establecidas en el párrafo segundo, siempre que el testador no hubiera dispuesto otra cosa —que habrá de interpretarse como cualquier disposición de la que tácitamente se deduzca una voluntad contraria a este derecho de habitación de la persona con discapacidad—, o lo hubiera excluido expresamente.

Salvaguarda de los derechos de los demás legitimarios:

Por último, dispone que la persona con discapacidad no podrá impedir que continúen conviviendo en la vivienda los demás legitimarios que lo necesiten⁴⁷.

⁴⁶ En el artículo anteriormente citado, en contra de la opinión de RAGEL SÁNCHEZ que entiende que debe primar la voluntad del causante.

⁴⁷ Entiende D.^a Silvia DÍAZ ALABART, en el artículo anteriormente citado, que aun no dicho eso mismo para la donación o legado realizados por el testador, entiendo que, salvo disposición

e) Disposiciones comunes

Intransmisibilidad

Establecida en el párrafo tercero del artículo al disponer que este derecho, con independencia de su forma de constitución, será intransmisible.

Salvaguarda de los derechos del cónyuge

Asimismo, proclama este artículo la coexistencia del derecho de habitación de la persona con discapacidad con los derechos que al cónyuge del disponente le corresponden como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales⁴⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La protección patrimonial de las personas con discapacidad». *Aranzadi Civil*, n.º 16, 2003.
- CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- DÍAZ ALABART, S.: «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad». *Aranzadi Civil*, n.º 3, 2006.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C.: «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista Derecho Privado*, marzo/abril de 2004.

en contra del causante, habría que aplicarlo igualmente, pues ello no perjudica en lo básico el interés de la persona con discapacidad, y colabora a que tampoco lo haga respecto de los demás colegitimarios

⁴⁸ Dispone el artículo 1406 del Código Civil que *cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance: 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2.º La explotación económica que gestione efectivamente. 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.*

El artículo 1407 establece que *en los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.*

- GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas». *Diario La Ley*, n.º 6521, de 7 de julio de 2006, *Diario La Ley*, n.º 6522, de 10 de octubre de 2006.
- MAGRO SERVER, V.: «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores». *Diario La Ley*, n.º 6019, Año XXV, de 17 de mayo de 2004.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C.: «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas». *Aranzadi Civil*, n.º 20, 2004.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Las fronteras del concepto jurídico de familia». *Diario La Ley*, n.º 6127, Año XXV, de 15 de noviembre de 2004.
- «Las fronteras del concepto jurídico de familia». *Diario La Ley*, n.º 6127, Año XXV, de 15 de noviembre de 2004.

Capítulo XII

UN MODELO DE APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

José Condiño Sopa

Secretario General Técnico de FUTUEX: Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad
Gerente del Observatorio Estatal de la Discapacidad

En memoria de D. José Soto García-Camacho

1. ESTÍMULO IMPULSOR

Se cumplen ahora tres años de la última jornada de trabajo conjunta que realicé con D. José Soto García-Camacho. Se trataba de la presentación en Buenos Aires (Argentina) del proyecto «*Capacidad jurídica y discapacidad: Un estudio de Derecho Privado comparado a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad*».

Fue en el trayecto de Iguazú a Posadas (largo y hermoso camino realizado vía terrestre) cuyo destino era la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Misiones, donde pude comprobar, una vez más, que me encontraba ante una persona excepcional; amante de su familia y extraordinario jurista comprometido con la sociedad, en especial para con el mundo de la discapacidad.

Nos acompañaba también D.^a Cristina Ruiz Sabido, su inseparable y atenta esposa, a la que adoraba y mimaba constantemente. En mi recuerdo, frases como: «somos apoyos mutuos; nos cuidamos el uno al otro» dejaban entrever esa calidad y amor que vengo describiendo.

Durante este recorrido, realizó una disertación por las figuras de protección jurídicas reguladas por nuestro Código Civil, concluyendo en la necesaria reforma del actual sistema tutelar español basado en la representación-sustitución y en la adopción, mayoritariamente, de incapacitaciones judiciales absolutas. En la necesidad de crear una figura tuitiva orientada hacia la protección pero sin restringir la capacidad de obrar del individuo.

«Mire usted José (así me llamaba) nos encontramos en estas tierras presentando el proyecto del estudio de derecho comparado privado sobre capacidad jurídica y discapacidad. Hemos analizado algunos sistemas de protección europeos que están siendo o han sido reformados para dar respuesta a esta nueva realidad jurídica acorde con el modelo social que se basa en el respeto de los derechos humanos. Tenemos un sistema avanzado y una sociedad implicada y, precisamente, FUTUEX: Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad (Fundación Tutelar de Extremadura, por entonces) tiene un modelo propio acorde con la Convención que puede servir de propuesta. Debemos, por tanto, ser nosotros, la sociedad civil, los principales actores e impulsores de este cambio».

El estímulo de D. José sirvió de acicate para que el equipo de FUTUEX elaborase un documento propuesta sobre la configuración jurídica de un modelo de apoyos, estructurado en tres apartados: El método de trabajo y las medidas de apoyo. La nueva regulación jurídica; Código Civil y el procedimiento civil; y la regulación legal de las entidades jurídicas prestadoras de apoyo.

2. UN MODELO DE APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Propuesta de modelo de apoyo como alternativa al actual sistema de sustitución de la capacidad. Aunque mucha y muy abundante empieza a ser la literatura existente en torno a la necesidad de implantar este nuevo modelo de apoyos, lo cierto es que aún faltan por definirse muchas cuestiones en relación al mismo.

Figuras jurídicas nuevas como las de Apoyo, medidas de apoyo, salvaguardias, delegados de apoyos o gestor de apoyos, necesitan ser definidos con precisión a fin de evitar inseguridad jurídica en el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con capacidad modificada.

A este respecto, obligada es la referencia a los trabajos realizados por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) España, a través de su presidente, D. Luis Cayo Pérez Bueno, quien en su estudio **«La capacidad**

jurídica y su revisión a la luz de la convención. Una visión desde el movimiento asociativo español»¹ resalta la indefinición de la Convención a la hora de explicar en qué consiste el nuevo modelo, exponiendo las líneas maestras que, a su juicio, deben seguirse en aras de la creación de ese nuevo modelo de apoyos².

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Francisco Bariffi, quien defiende reemplazar por completo el actual sistema por uno nuevo de apoyos, caracterizado por la gradualidad, la complejidad de actuaciones legales y políticas y la diversidad³.

Por último, igualmente interesante es la propuesta formulada por la Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad (FUTUEX) sobre la configuración jurídica de un modelo de apoyos.

Este modelo proporciona apoyos no solo a aquellas personas que hayan sido judicialmente incapacitadas sino también a aquellas que, aún presentando una discapacidad, sí tendrían capacidad suficiente para ejercer sus derechos de contar con los apoyos y recursos suficientes.

¹ Artículo elaborado a partir de los materiales preparados para la intervención del autor en el II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad, organizado por la Asociación AMAR, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009.

² Las líneas maestras para la creación del sistema de apoyos serían las siguientes:

a) En primer término, procede realizar un análisis pormenorizado de la repercusión del modelo de capacidad jurídica del artículo 12 de la Convención en el respectivo ordenamiento jurídico nacional, para ver su grado de correspondencia, su concordancia o no, los posibles conflictos entre ambos y determinar los cambios normativos que haya que acometer, para acomodarse a los valores, principios y mandatos del Tratado internacional en esta materia.

b) Paralelamente, se ha de desplegar una intensa actividad de difusión, entre los operadores políticos, legislativos y jurídicos, de las implicaciones de todo orden de la Convención respecto de la capacidad jurídica, tratando de que tomen conciencia de la necesidad del cambio, así como de suscitar adhesiones hacia el nuevo modelo o paradigma de los apoyos.

c) Realizar un trabajo interno, en el propio grupo de población de las personas con discapacidad y sus familias, para vencer las resistencias que por desconocimiento o inercia puedan oponerse a la implantación del nuevo sistema.

d) Ser activos y fructíferos en la generación por parte del movimiento cívico de la discapacidad de modelos propios, en sintonía con la configuración de la Convención, para una vez dispongamos de ellos, plantearlos como propuestas de partida a los Gobiernos, los legisladores y los operadores jurídicos. Su éxito radicaría en llegar a ser el germen o fórmula inspiradora del cambio legal necesario.

e) Tratar de que sean los tejidos sociales tramados en torno a la discapacidad los que conduzcan u orienten este proceso, armando alianzas favorables con cualquier agente político, jurídico social que ayude a conseguir el objetivo en las mejores condiciones.

³ Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. Francisco José BARIFFI, *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Capítulo 12. Edita: Thomson Aranzadi, 2009, págs. 353-390.

Su método de trabajo es flexible y está en constante proceso de adaptación y mejora. De esta forma, y a través de un equipo de trabajo multidisciplinar, en coordinación y movilización de los recursos comunitarios, FUTUEX desarrolla el análisis y el establecimiento de medidas de apoyo lo más ajustadas y personalizadas a las características intrínsecas y extrínsecas de cada persona con discapacidad.

a) Descripción genérica del modelo de apoyos

Este modelo de apoyos puede definirse como aquel que trata de complementar la capacidad de aquellas personas que, por presentar una discapacidad, necesiten de ayuda para ejercer sus derechos y obligaciones, sin necesidad de restringir su capacidad jurídica mediante el inicio de un procedimiento de modificación de la capacidad.

b) Líneas maestras del modelo

El modelo que proponemos se caracteriza por los siguientes rasgos:

- 1.º Se trata de un **modelo complementario**, que no viene a reemplazar radicalmente el modelo actual de sustitución sino a adecuarlo a las exigencias de la Convención.
- 2.º Es un **modelo profesionalizado**, pues toda actuación encaminada a la atención de las necesidades de las personas con discapacidad será estudiada y ejecutada desde un punto de vista técnico. En este punto cobra especial importancia la existencia de un equipo multidisciplinar compuesto, cuando menos, por un psicólogo, un trabajador social, un educador que actuará a modo de Delegado de Apoyo, un jurista y un administrador encargado de los asuntos económicos, quienes se encargarían de diseñar un plan individualizado de actuación para cada persona en cuestión.
- 3.º Es un **modelo flexible**, pues trata de acomodarse a las circunstancias de la persona, pudiendo ser modificado cuantas veces sea necesario, en función de la variación de la situación en la que la persona con discapacidad se encuentre.

c) Las medidas de apoyo

Figura clave en la configuración del modelo de apoyos son las denominadas «Medidas de Apoyo», que pueden definirse como todo aquel conjunto de actuaciones destinadas a complementar la capacidad de una persona que presente discapacidad para que pueda ejercer sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones que las personas que no presentan ninguna discapacidad, satisfaciendo así sus demandas y necesidades.

Siguiendo el modelo desarrollado por FUTUEX, entendemos que las medidas de apoyo deberán cubrir las esferas psicológica, social, educativa, jurídica y económica que concurren en la vida de toda persona.

Estas medidas de apoyo formarán parte de un Programa Individualizado de Atención en el que, previo análisis de la situación psicosocial y familiar en que se encuentre la persona con discapacidad, se ejecutarán las actuaciones que se estimen necesarias y se fijarán la proporcionalidad de apoyos.

Se evitan, de este modo, actuaciones discrecionales o arbitrarias, planificándose en todo momento la intervención en cada caso.

En cuanto a los tipos o ámbitos de medidas de apoyo, reproducimos las propuestas por FUTUEX:

1.^a Apoyos en la esfera de las habilidades adaptativas:

- Comunicación y lenguaje.
- Habilidades Académicas Funcionales.
- Habilidades Sociales.
- Autodirección.
- Autonomía y Vida Independiente.
- Uso y manejo de recursos. Integración comunitaria.
- Vida en el Hogar.
- Trabajo.
- Ocio y tiempo libre.
- Salud y seguridad.

- Cuidado personal. Imagen personal.
- Funcionamiento cognitivo.

2.^a Apoyos destinados a soporte psicosocial:

- Medidas en el ámbito de la psico-educación.
- Desarrollo de medidas para proporcionar soporte social.
- Desarrollo de medidas para proporcionar soporte emocional.
- Evaluación e intervención en conductas disruptivas. Modificación de conducta.

3.^a Apoyos para cuidados de salud:

- Plan de vigilancia de la salud. Intervención en prevención de riesgos.
- Gestión de caso. Derivación a servicios especializados, de ámbito público y/o privado.
- Conciencia de Enfermedad. Prevención de recaídas.
- Evaluación y diagnosis, para prestar los recursos médicos-sanitarios necesarios.

4.^a Apoyos en aspectos jurídicos:

- Asesoramiento jurídico a personas con discapacidad, familiares y asociaciones.
- Representación en nombre de FUTUEX, como defensora judicial en los procedimientos en los que hemos sido designados.
- Representación legal de las personas cuya tutela o curatela hemos asumido.

5.^a Apoyos en la esfera económico-administrativa y patrimonial:

- Control indirecto de cuentas.
- Movilización de recursos adecuados y gestión de prestaciones.

d) El equipo multidisciplinar de apoyo. El Delegado de Apoyo

Ya hemos aludido a la importancia de contar con un equipo de profesionales que dirija la intervención de la entidad encargada de complementar o suplir la falta de capacidad de una persona con discapacidad, ya sea esta una entidad jurídica pública o privada.

Serán funciones de este equipo:

- Analizar la situación de la persona.
- Estudiar el tipo de medidas a adoptar.
- Elaborar un Plan Individualizado de Apoyos y someterlo al control judicial.
- Ejecutar la aplicación de las medidas acordadas en el Plan de Apoyos.
- Evaluar y revisar periódicamente el Plan, previa autorización judicial.

El equipo de Apoyo estará compuesto, cuando menos, de los siguientes profesionales:

- Un **Psicólogo**, encargado de analizar el tipo de discapacidad intelectual de la persona en cuestión así como sus habilidades, conductas, determinando los aspectos a potenciar en el interesado.
- Un **Trabajador Social**, encargado de gestionar recursos y prestaciones.
- Un **jurista**, encargado del asesoramiento a la persona con discapacidad y a sus familias, así como de la gestión de trámites ante los tribunales de justicia.
- Un **economista**, encargado de las cuestiones fiscales y de administración.
- Un **Delegado de Apoyo**, encargado de la atención directa a la persona con discapacidad.

Dado su carácter novedoso, nos centraremos en el estudio de esta última figura:

El Delegado de Apoyo

El Delegado de Apoyo deberá tener formación profesional de grado medio o superior, de titulaciones relacionadas con la rama sanitaria o la educación especial. Deberá tener una formación reglada complementaria que acredite una especialización en el ámbito de la asistencia personal a personas con limitaciones significativas.

Las funciones que desarrollará serán variadas, desde el acompañamiento de la persona con discapacidad a consultas o asegurarse de que toma su medicación hasta acudir a bancos para extraer dinero de bolsillo. Desde comprobar el estado en que se encuentra la vivienda del interesado hasta acompañarle en actividades de ocio programadas por la entidad.

En cuanto al marco jurídico de esta figura, no existe norma legal que la contemple en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque guarda semejanzas con la figura del curador, en ningún caso ejerce las funciones de asistencia de este, en el sentido de complementar la falta de capacidad de la persona parcialmente incapacitada a la hora de realizar determinados actos jurídicos fijados en sentencia judicial.

Por el contrario, la asistencia que presta el Delegado de Apoyo se enmarca fuera del proceso de modificación de la capacidad, pues de lo que se trata es de apoyar a la persona con discapacidad (que tenga un cierto grado de discernimiento) para que pueda ejercer sus derechos y realizar determinados actos jurídicos sin que sea necesario acudir a un procedimiento judicial, si bien sometándose siempre su actuación al control judicial.

e) Ejemplo práctico del nuevo modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁴ no incapacitadas judicialmente

Situación personal y entorno familiar: persona con discapacidad intelectual y con un grado reconocido administrativamente del 65%, no incapacitado judicialmente. Vive solo en su domicilio, acude diariamente a trabajar a un Centro Ocupacional de determinada asociación, trabajo por el que recibe un salario. No tiene más familiares directos que una hermana que vive en un país extranjero y con la que no tiene ninguna relación. Mantiene una relación de pareja con una persona con discapacidad.

Contacto inicial: remitido por la asociación a la que pertenece, firmó un convenio de colaboración con una entidad tutelar por el que esta entidad le prestaría medidas de apoyo. Para ello, nuestra delegada de apoyo le visita semanalmente y comprueba sus necesidades.

Protocolo de actuación: la delegada de apoyo de la entidad comprueba que la vivienda en la que reside carece de las condiciones mínimas de salubridad, pero al

⁴ Reproducimos aquí ejemplos del modelo de apoyos propuesto por FUTUEX, y de cuyos trabajos formamos parte. Se trata de casos prácticos reales atendidos por los profesionales de la Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad.

interesado le preocupaba la idea de invertir una suma de dinero, del que por otra parte carecía, en una casa en la que no tenía ningún derecho reconocido, pues se desconocía la situación legal de la vivienda.

En reuniones mantenidas por el área jurídica, se le explica paso por paso las opciones legales existentes. Así, toma la decisión de iniciar los trámites judiciales —expediente de dominio para inmatriculación de finca—, por lo que solicita abogado y procurador del Turno de Oficio especial para persona con discapacidad. Recaba por sí mismo la documentación con las indicaciones dadas por los Asesores Jurídicos y la aporta a la entidad tutelar para la solicitud del derecho a litigar gratuitamente. Una vez asignado por el Colegio de Abogados el letrado que iba a dirigir el procedimiento, el interesado solicitó día y hora y acudió a su despacho.

Con el paso del tiempo, y viendo que el letrado no había iniciado los trámites acudió nuevamente a la entidad tutelar para comunicarlo; los asesores jurídicos se pusieron en contacto con el letrado y discutieron la línea en que debía plantearse el expediente, ya que no existía ni testamento ni contrato escrito ni escritura pública. El interesado comparece en su propio nombre y representación ante el Juzgado que tramitó el expediente de dominio. Hoy en día ya tiene inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente el Auto por el que se declara justificado el dominio sobre su vivienda, realizando personalmente los actos para dicha inscripción, con el apoyo de los asesores jurídicos y de la delegada de apoyo de la entidad tutelar.

De haber comparecido personalmente ante el Juzgado, el Juzgador con la legislación actual no hubiera tenido más remedio que suspender el procedimiento y haber puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible causa de incapacitación para que se iniciara el procedimiento de modificación de la capacidad y se le nombrara un tutor o curador que le representara en el procedimiento suspendido. Sin embargo, sin necesidad de la incapacitación judicial, con las medidas de apoyo necesarias el interesado consiguió lo que era su voluntad. Asimismo y paralelamente, desde la entidad tutelar se apoyó al interesado para la rehabilitación de la vivienda, estando él personalmente también supervisando dicha rehabilitación.

Resultado: D.P.R. sigue residiendo solo en una vivienda que ya es de su propiedad, continúa trabajando para ganarse un salario, mantiene su relación de pareja, y todo ello con el apoyo continuo de una persona, en este caso jurídica, la entidad tutelar a la que acudió.

BIBLIOGRAFÍA

BARIFFI ARTIGUE, F.: «Hacia un Derecho de la Discapacidad», en *Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.). Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

DATOS ESTADÍSTICOS DEL OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: <http://www.observatoriodeladiscapacidad.es/>

EUROPEAN DISABILITY FORUM: *Propuesta de posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF)*, «Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones». DOC-AGA-08-05-02.

CONCLUSIONES de las jornadas de Fiscales especializados en la protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas. «La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno». Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009.

FUTUEX: *Funciones, medidas de promoción y apoyo y biblioteca*: <http://www.futuex.es>

Propuesta de reformas del cargo tutelar por parte de las personas jurídicas; regulación minuciosa y detallada de las mismas. Informe Interno de la Secretaría General Técnica a Presidente de la Comisión Técnica Legislación sobre Discapacidad (JOSÉ-JAVIER SOTO RUIZ). Olivenza, 21 de octubre de 2008.

GANZANMÜLLER ROIG, C.: *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales*.

HOLBURN: *Planificación Centrada en la Persona (PCP)*, 2003.

INSTITUTO BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: Colección *Capacidad Jurídica y Discapacidad: un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con discapacidad*, FUTUEX 2009, en el marco del **Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos**. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» en el marco del Proyecto de investigación, «El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español» financiado por la FUNDACIÓN ONCE. Diciembre de 2008.

LÓPEZ FRAGUAS, M. A.; MARTÍN GONZÁLEZ, A. I., PARTE HERRERO, J. M.: *Ejercicio de autodeterminación*.

MARÍN, C.: *Documento para el debate*, «*Algunas claves de mi propuesta*». Gandía, 4 de junio de 2009.

OFICINA PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EXTREMADURA: <http://www.defensordeldiscapacitado.org>

PARRA BARONA, S.; SALAS CHAVES, T.; ORTIZ TORRES, A. M.^a; RAMÍREZ CRUCERAS, A. M.^a; TORRES GARCÍA-MORENO, S.; BERNÁLDEZ RODRÍGUEZ, G., y CODIÑO SOPA, J.: *Documento para el debate Configuración jurídica de un modelo de apoyos*. Olivenza, febrero de 2010. Véase <http://www.futuex.es/index.php/actividades/modelo-de-apoyos>

PÉREZ BUENO, L. C.: *La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español*. II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad, organizado por la Asociación AMAR, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009.

SALA y DONADO, C.: *Proceso Penal de Menores: Especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*. TESIS DOCTORAL presentada en la Universidad de Girona. Octubre de 2002.

VARIOS AUTORES: Obra titulada, *Tratado sobre discapacidad*, publicada por Thomson-Aranzadi, 2007.

Capítulo XIII

ARBITRAJE Y DISCAPACIDAD

Francisco Lamoneda Díaz

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura

1. MARCO JURÍDICO

No es fácil determinar el marco jurídico de un tema que si bien puede resultar en una primera aproximación, de carácter específico, en realidad abarca dos grandes clásicos de nuestros programas del ámbito del derecho o ciencias sociales en general hasta otro tipo de campos que no pueden ser objeto de nuestro estudio. Sólo tratar la discapacidad individualmente nos llevaría a desarrollar varios tomos todo lo que existe escrito sobre este asunto. En menor medida ocurre con el arbitraje, pues este si es un tema estrictamente jurídico, si bien ha tenido un desarrollo normativo y doctrinal en los últimos años bastante profuso. Puede afirmarse, sin lugar a dudas que se trata de uno de los puntales de nuestro derecho moderno en el que España ha sido pionera. Desde el arbitraje privado al institucional del arbitraje familiar, laboral, de transporte al de consumo, del resuelto en derecho o en equidad, etc., nos encontramos con un amplio espectro de disposiciones dispersas por nuestra legislación que regulan de manera más o menos extensa esta institución jurídica¹.

¹ Vid. ÁLVAREZ ALARCÓN, «La Ley de Arbitraje: Intervención y control jurisdiccional», en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 5, 1991. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje: el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo*. Madrid, 1991. LORCA NAVARRETE, *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003. Uno de los autores más prolíficos en materia de arbitraje, fue el notario CAMPO VILLEGAS, «Sobre la prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral (comentarios a la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2002)», en *Anuario Justicia Alternativa, Derecho Arbitral*, n.º 4 de 2003. «Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas», en

La combinación entre el arbitraje y la discapacidad, nos compele a circunscribir este estudio desde el aspecto meramente técnico-jurídico concretado en estudiar cómo se desenvuelve y se desarrolla el arbitraje en el campo de la persona con discapacidad.

A) En primer lugar hay que mencionar el 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, que establece de forma novedosa y por vez primera en nuestro ordenamiento una regulación específica en materia arbitral en beneficio de un colectivo que representa un pequeño pero significativo porcentaje de nuestra sociedad. Dicha normativa tuvo en cuenta lo establecido en la normativa comunitaria (concretamente la 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 preveía un sistema de resolución extrajudicial de conflictos, como sistemas de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos.

B) Por otra parte, era una exigencia que ya establecía en su artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad².

Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch, n.º 8, 2007. «La partición hereditaria arbitral», en *La partición hereditaria*. Coordinador: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Ed. Ramón Areces, 2006. «Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas», en *Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch*, n.º 8, 2007. «Los notarios ante el arbitraje. Nuestra postura», en *Revista «El notario del siglo XXI»*, n.º 20 de julio-agosto de 2008. COLMENERO GUERRA, en *La intervención jurisdiccional en el Arbitraje de Consumo*. Sevilla, 1999. MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 2006.

² El artículo 7 del mencionado texto refiere: «Contenido de las medidas contra la discriminación. Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables. A estos efectos, se entiende por:

a) *Conducta de acoso: toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.*

b) *Exigencias de accesibilidad: los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos.*

c) *Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la*

El artículo 17 del mencionado texto establece:

«1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Esta ley fue presentada en el Congreso de los Diputados el 19 de mayo de 2003 y aprobada por el pleno del Congreso en su sesión del día 27 de noviembre de 2003³.

El artículo 7 del mismo texto, en su punto c) párrafo cuarto recoge que:

«Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 17 de esta Ley, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda».

Es evidente que el sistema no es otro que el que posteriormente se regula en el Real Decreto 1417/2006 al que nos venimos refiriendo. Precisamente esta última regulación obedece al mandato que la Disposición Final Decimotercera establecía: *«En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley el Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, establecerá el sistema arbitral previsto en el artículo 17 de esta Ley».*

Como suele ser habitual, los plazos no se cumplieron, si bien en este caso el exceso no superó el año, ya que si el Real Decreto era de 3 de diciembre de 2003,

medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

A este fin, las Administraciones Públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables».

³ Esta misma ley modifica, entre otras la Ley de Propiedad Horizontal.

el texto legislativo es de 1 de diciembre de 2006. No cabe duda que la promulgación de la mencionada norma supuso, a nuestro juicio, un importante avance en materia de derechos sociales, si bien ha sido desaprovechada dicha oportunidad dado que en puridad, la práctica inaplicación de la misma, incluso su ignorancia por los sectores afectados ha impedido el despliegue de la eficacia a la que estaba llamada⁴.

C) La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, vino a sustituir a la anterior 36/1988 de 5 de diciembre, la cual a su vez era tributaria de la vocación al arbitraje comercial internacional antes manifestado explícitamente en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo.

En puridad, esta ley vino motivada por la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

Esta ley constituye el marco jurídico⁵ sobre el que se desenvuelve el resto de la regulación del arbitraje en España. De tal manera, que la regulación contenida en esta ley rige de forma supletoria en las materias que son objetos de otras normas arbitrales y a su vez, constituyen la regulación básica y fundamental en materias no contempladas en las anteriores, como en lo referente a la terminación de las actuaciones arbitrales, ejecución forzosa del laudo, exequátur, etc.

Merece especial mención que nos refiramos a los proyectos de reforma de la mencionada ley que pretende cubrir las lagunas detectadas en la aplicación de la norma. El proyecto existente se denomina «Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado». Igualmente nos encontramos con el «Anteproyecto de la Ley Orgánica Complementaria a la La Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado y a la Ley del Medición en asuntos civiles y mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

⁴ En el Preámbulo de la misma se destaca que: «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 contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado».

⁵ Sobre este tema, puede consultarse a LORCA NAVARRETE y MATHEUS LOPEZ, en *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003. Igualmente LA MONEDA DIAZ, «La Ley 60/2003 y su incidencia en el Sistema Arbitral de Consumo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 2.º trimestre, 2004.

Judicial». Por otra parte nos encontramos el «Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles» al que posteriormente nos referiremos.

El primer proyecto de los referidos, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de julio de 2010, pretende (de ahí que incidamos especialmente en este aspecto) contribuir al impulso del arbitraje como medio de resolución extrajudicial de conflictos al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración del equivalente jurisdiccional. Esta norma pretende establecer y regular el nombramiento judicial de árbitros, así como modificar la actual competencia para el exequátur de laudos extranjeros, así como de anulación del laudo, que pasan ahora a ser competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Se impulsa el arbitraje de Derecho, suprimiendo el arbitraje de equidad en los de carácter interno obligando a que el basamento de toda resolución arbitral, lo sea en Derecho, si bien respetando la disposición adicional única de la Ley 60/2003 que a su vez se remitía al arbitraje en equidad que posteriormente y de forma expresa regularía el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo que establecía con carácter preferente, la equidad como base del laudo⁶.

El artículo 5 contiene novedades en lo que se refiere a la capacidad, la responsabilidad y las incompatibilidades de los árbitros, considerados como pieza clave de la institución del arbitraje. Razón que justifica el reforzamiento de su independencia y la transparencia de su labor.

Al mismo tiempo, se trasladan al ámbito arbitral las exigencias de la Directiva de servicios, ya incorporada a nuestro ordenamiento, lo que lleva a suprimir la exigencia de que cuando el arbitraje se resuelva por un único árbitro éste sea un abogado en ejercicio, entendiéndose que existen otros juristas que pueden actuar como árbitros. No obstante, cuando el arbitraje se vaya resolver por un tribunal arbitral uno de los árbitros sí ha de reunir la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo en contrario.

Esta modificación se cierra con el establecimiento de la incompatibilidad para ser árbitro de quien haya intervenido en el mismo asunto como mediador, para lo cual se deja a las partes la posibilidad de excepcionar esta regla, y la exigencia de aseguramiento de la responsabilidad de los árbitros.

Asimismo, se insiste en la necesidad de motivar el laudo (art. 6 del Proyecto, que reforma el art. 37.4⁷ de la Ley 60/2003). En realidad era una necesidad que por obvia

⁶ El artículo 33.1 de dicha norma establece: «El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho».

⁷ «El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».

no venían especificando las anteriores leyes de arbitraje, y sobre la que ley 60/2003 puso especial énfasis en el referido precepto, habida cuenta de la proliferación de laudos que se iban dictando carentes de absoluta motivación. El texto de 2003 vino a configurar una resolución arbitral motivada a excepción de que las partes hubiesen convenido otra cosa. La actual reforma pretende eliminar esa decisión de las partes, criterio que hemos de compartir, ya que aún en el caso de anuencia de las partes sobre este extremo, no se entiende que un documento que resuelva un conflicto carezca de basamento o fundamento, con la innegables consecuencias que de futuro pueda tener para las mismas y el descrédito que para la institución arbitral puede significar.

Respecto al anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, si bien el mismo no hace referencia alguna en materia de discapacidad, pertenece al grupo de normas que se han venido impulsando, y donde, en el caso de la mediación⁸, el ciudadano encuentra un procedimiento muy simplificado, en el que disponen de libertad y capacidad plena de decisión, creando un procedimiento sin formalidades precisas y de reducido tiempo, permitiendo que los particulares puedan solucionar por sí mismos sus controversias, descargando a los ya agobiados tribunales de justicia, de la pesada carga que sufren, y por ende, pudiendo atender con mayor celeridad aquellos asuntos que son indisponibles para las partes. Si bien esta norma no está, como hemos indicado expresamente indicada para ningún grupo en concreto, no nos cabe duda que será óptimo instrumento para dilucidar igualmente aquellas materias objeto de controversia en las que puede encontrarse una persona con discapacidad. A ello no se refería el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, ni lo preveía, pero indudablemente, quedará convertido, una vez la norma en proyecto pase a aprobarse por las Cortes Generales, en una herramienta útil para solventar los mismos asuntos que iban a ser objeto de arbitraje, y además ahora, tras la pretendida reforma, con un título ejecutivo cual será el acuerdo de mediación.

Hay que poner de manifiesto que se trata en realidad de dos tipos de procesos, pues mientras que el arbitraje excluye la vía judicial, podríamos decir, que la mediación es previa a la precitada vía. De cada sesión de la mediación se levantará el oportuno acta⁹ (bien porque exista acuerdo, por imposibilidad del mismo, por transcurrir el plazo marcado por las partes para la duración del procedimiento o porque el mediador con-

⁸ Son interesantes sobre este tema las conclusiones del Curso de Mediación y Arbitraje, promovidas por el Gobierno de Aragón. Zaragoza, noviembre de 2004. MERINO HERNÁNDEZ, en *Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco*, Vitoria, 2001, pone de manifiesto la existencia de los arbitrajes sectoriales y su importancia, que en este trabajo tan sólo queremos apuntar.

⁹ ALMAGRO NOSETE, en «La responsabilidad de los árbitros», en *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*. Boletín n.º 9, 1997, ya nos pone de manifiesto de forma global el régimen de responsabilidad de los árbitros.

sidere que las posturas son irreconciliables¹⁰). En el caso de existir acuerdo y ser éste conforme con el ordenamiento jurídico, será firmado por las partes y por el mediador, constituyendo el mismo un verdadero título ejecutivo¹¹. Si transcurrido diez días el mediador no lo suscribiese, cualquiera de las partes podrá pedir que se eleve a escritura pública. El acuerdo alcanzado, además produce el efecto de cosa juzgada y se podrá solicitar por cualquiera de las partes la anulación del mismo o su revisión, conforme a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que previamente queda reformada por mor de lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del referido anteproyecto)¹².

En realidad, todas estas posibles modificaciones, van a tener gran incidencia, como posteriormente veremos, sobre el arbitraje de las personas con discapacidad, ya que, lógicamente, supone una importante ampliación del marco regulativo y supletorio.

D) Un hito trascendental lo supuso en materia de discapacidad la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008¹³, fecha hasta la que no existía y tratado global y concreto que aten-

¹⁰ Artículo 26 y ss. del anteproyecto.

¹¹ El artículo 24.3, párrafo primero, en su último inciso, se refiere a este asunto. En realidad se trata de una norma verdaderamente innovadora, y bastante discutible, desde el punto de vista doctrinal. No parece excesivo otorgar carácter ejecutivo a un mero acuerdo entre las partes, aunque sea con el visto bueno o anuencia de un mediador.

¹² A título de curiosidad, y mostrando nuestro contrario parecer desde este momento, se establece la obligatoriedad de acudir el proceso mediatorio antes de entablar una demanda de juicio verbal por reclamación de cantidad. Para ello, va a exigir, vía modificación del artículo 403.3 y del artículo 439 (apartados 2, 3, 4 y 5) de la LEC que no se admitirán demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o no se hayan intentado las mediaciones... que se exijan en casos especiales». Entendemos que ello va a suponer realmente un nuevo trámite que puede que venga a retrasar más el hecho de entablar la propia demanda de reclamación de cantidad. Igualmente nos parece que lo más idóneo sería tener creado previamente órganos de mediación de carácter institucional, ya que de otra manera no sabemos cómo o quién pueda certificar tales mediaciones frustradas o que titulaciones o habilitaciones se requieren para ello. Lógicamente se incluye entre los títulos ejecutivos recogidos en el artículo 517.2 de la LEC, que al enumerar los títulos ejecutivos menciona los siguientes: «*Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación*».

¹³ Según los datos a 24 de agosto de 2010, de la ONU, los países que habían ratificado la Convención eran: Australia - 17 de julio de 2008, Bangladesh - 30 de noviembre de 2007, Croacia - 15 de agosto de 2007, Cuba - 6 de septiembre de 2007, Ecuador - 3 de abril de 2008, Egipto - 14 de abril de 2008, El Salvador - 14 de diciembre de 2007, Eslovenia - 24 de abril de 2008, España - 3 de diciembre de 2007, Filipinas - 15 de abril de 2008, Gabón - 1 de octubre de 2007, Guinea - 8 de febrero de 2008, Honduras - 14 de abril de 2008, Hungría - 20 de julio de 2007, India - 1 de octubre de 2007, Jamaica - 30 de marzo de 2007, Jordania - 31 de marzo de 2008, Kenya - 19 de mayo de 2008, Malí - 7 de abril de 2008, México - 17 de diciembre de 2007, Namibia - 4 de diciembre de 2007, Nicaragua - 7 de diciembre de 2007, Panamá - 7 de agosto de 2007, Perú - 30 de enero de 2008, Qatar -

diera a esta minoría que es la más grande de nuestro planeta. Ya existían las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1993, igualmente adoptadas por la Naciones Unidas, normas de carácter que pretendían dar a las personas discapacitadas las mismas oportunidades que a cualquier otro ciudadano. Tenían el inconveniente tales normas, de estar privadas de carácter vinculante, sin que por tanto se pudiese obligar a su cumplimiento a ningún país.

El concepto de discapacidad, que no vamos a estudiar ahora, por ser materia de otro estudio, no es otro que la deficiencia física, psíquica y/o sensorial que pueden o no incluir deficiencias en el desarrollo de la persona. Es evidente que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos o barreras que impiden su participación en la sociedad. Pues bien, aunque nos pueda parecer increíble, no ha sido hasta recientísimas fechas, cuando a nivel de la ONU se ha llegado a la Convención antes mencionadas. No puede perderse de vista el dato nada desdeñable, de que un 10% aproximadamente de toda la población mundial padece alguna forma de discapacidad, es decir, unas 650.000.000 de personas, de las cuales, como suele ocurrir, el ochenta por ciento de las mismas, es decir, más de 400.000.000 viven en países pobres. Si incluimos a los familiares inmediatos, el número de personas afectadas por alguna discapacidad suma más de mil millones. Por otra parte, en los países que tienen una expectativa de vida de más de 70 años (como es el caso de España), los individuos pasan un promedio de 8 años, es decir, el 11,5% de su vida, con alguna discapacidad.

Sin duda que este marco legal al que nos referimos en este punto, convierte a las personas con discapacidad de ser meros tenedores de derechos a sujetos de derechos, proporcionando normas legales aceptados globalmente en cuanto a derechos, esclareciendo el contenido de los principios, estableciendo mecanismos eficaces de supervisión e información por grupos de expertos, constituyendo en suma, un punto de referencia para la cooperación internacional¹⁴.

13 de mayo de 2008, San Marino - 22 de febrero de 2008, Sudáfrica - 30 de noviembre de 2007, Túnez - 2 de abril de 2008. Por otra parte, los países que han ratificado el Protocolo Facultativo son: Bangladesh - 12 de mayo de 2008, Croacia - 15 de agosto de 2007, Ecuador - 3 de abril de 2008, El Salvador - 14 de diciembre de 2007, Eslovenia - 24 de abril de 2008, España - 3 de diciembre de 2007, Guinea - 8 de febrero de 2008, Hungría - 20 de julio de 2007, Malí - 7 de abril de 2008, México - 17 de diciembre de 2007, Namibia - 4 de diciembre de 2007, Panamá - 7 de agosto de 2007, Perú - 30 de enero de 2008, San Marino - 22 de febrero de 2008, Sudáfrica - 30 de noviembre de 2007 y Túnez - 2 de abril de 2008.

¹⁴ Como dijo Don Mackay, presidente del comité que redactó el tratado: «*La simple existencia del convenio, da a las personas con discapacidad y a sus organizaciones la facultad para que le digan a sus gobiernos: "ustedes han aceptado estas obligaciones", e insistir en que las cumplan*».

La Jefe de la Secretaría de la ONU para el Convenio¹⁵, la Sra. Akiko Ito manifestó que «*La sociedad está perdiendo mucho de un gran grupo con talento, ya que*

¹⁵ Los fundamentales preceptos recogidos en la Convención, establecen: «Los Estados que se adhieren a la Convención se comprometen a adoptar y aplicar las políticas, leyes y medidas administrativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención y derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación (art. 4). Puesto que para mejorar la situación de las personas con discapacidad es fundamental lograr un cambio de las percepciones, los Estados que ratifican la Convención se comprometen a luchar contra los estereotipos y prejuicios y promover la toma de conciencia sobre las capacidades de las personas con discapacidad (art. 8). Los Estados garantizarán el goce por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, de su derecho inherente a la vida (art. 10), la igualdad de derechos y el adelanto de las mujeres y niñas con discapacidad (art. 6) y la protección de los niños con discapacidad (art. 7). Los niños con discapacidad gozarán de los mismos derechos que los demás, no serán separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades determinen que esa separación es necesaria en el interés superior del niño, y en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de la discapacidad del menor o de cualquiera de los padres (art. 23). Los Estados reconocerán la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán la igualdad de protección jurídica (art. 5). Los Estados garantizarán a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, el ejercicio del derecho a poseer 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 (art. 12). Velarán por que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás (art. 13), disfruten de su derecho a la libertad y seguridad y no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente (art. 14). Los Estados protegerán la integridad física y mental de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás (art. 17), y velarán por que no sean sometidas a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ni a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento (art. 15). Se promulgarán las leyes y se adoptarán las medidas administrativas necesarias para impedir toda forma de explotación, violencia y abuso y para promover la recuperación, rehabilitación y reintegración de las víctimas de cualquier forma de explotación, violencia y abuso (art. 16). Ninguna persona con discapacidad será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. Se protegerá la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 22). Sobre la cuestión fundamental de la accesibilidad (art. 9), la Convención obliga a los Estados a identificar y eliminar obstáculos y barreras de acceso para que las personas con discapacidad puedan acceder a su entorno físico, a los medios de transporte, a las instalaciones y servicios públicos, y a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Las personas con discapacidad deberán poder vivir en forma independiente y ser incluidas en la comunidad, escoger dónde y con quién vivir y tener acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad (art. 19). Se promoverá la movilidad personal con la mayor independencia posible facilitando la movilidad personal a un costo asequible, capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad y acceso a ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo, y asistencia humana o animal (art. 20). Los Estados reconocerán el derecho de las personas discapacitadas a un nivel de vida adecuado y protección social, lo que entraña el acceso a programas de

vivienda pública y a servicios y asistencia para las necesidades relacionadas con la discapacidad, y la prestación a las personas con discapacidad que vivan en situaciones de pobreza de ayuda para sufragar gastos relacionados con la discapacidad (art. 28). Los Estados promoverán el acceso a la información proporcionando la información destinada al público en general en formatos accesibles y con tecnologías adecuadas, facilitando la utilización del Braille, el lenguaje por señas y otras formas de comunicación y alentando a los medios de comunicación y a los proveedores de Internet a proporcionar la información en línea en formatos accesibles (art. 21). Se eliminará toda forma de discriminación relacionada con el matrimonio, la familia y las relaciones familiares. Se reconocerá a todas las personas con discapacidad el derecho a casarse y fundar una familia, a tener hijos, a decidir el número de hijos que quieren tener, a tener acceso a educación sobre reproducción y medios de planificación familiar, así como los derechos en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda y la adopción de niños (art. 23). Los Estados garantizarán la igualdad de acceso a la enseñanza primaria y secundaria, la formación profesional, la educación de adultos y la educación permanente. En la enseñanza se utilizarán los materiales, las técnicas y las formas de comunicación apropiados. Se adoptarán medidas de apoyo para los alumnos con necesidades especiales, y la educación de los alumnos ciegos, sordos o sordo-ciegos se impartirá con las modalidades de comunicación más adecuadas y estará a cargo de profesores que conozcan bien el lenguaje de señas y el Braille. La educación de las personas con discapacidad deberá facilitar su participación en la sociedad, su sentido de la dignidad y la autoestima y el desarrollo de su personalidad, su capacidad y su creatividad (art. 24). Las personas con discapacidad tendrán derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados deberán proporcionarles servicios de salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, y les proporcionarán asimismo los servicios de salud que necesiten específicamente como consecuencia de su discapacidad, y prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud (art. 25). Con el fin de permitir a las personas con discapacidad lograr la máxima independencia y capacidad, los Estados proporcionarán servicios generales de habilitación y rehabilitación en los ámbitos de la salud, el empleo y la educación (art. 26). Se reconocerá a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, el derecho a trabajar y a ganarse la vida. Los Estados prohibirán la discriminación en las cuestiones relacionadas con el empleo, promoverán oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia y de inicio de empresas propias, emplearán a personas con discapacidad en el sector público, fomentarán su empleo en el sector privado, y velarán por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo (art. 27). Los Estados asegurarán que las personas con discapacidad puedan participar en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, en lo referente, por ejemplo, al derecho al voto, a presentarse candidatos en las elecciones y a desempeñar cargos públicos (art. 29). Los Estados promoverán la participación de las personas con discapacidad en la vida cultural y en las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte garantizando el acceso a programas de televisión, películas, teatro y materiales culturales en formatos accesibles, haciendo que teatros, museos, cines y bibliotecas sean accesibles, y tomando las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo no sólo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad. Asegurarán asimismo que las personas con discapacidad puedan participar en actividades deportivas generales y actividades deportivas específicas para ellas (art. 30). Los Estados proporcionarán asistencia para el desarrollo con el fin de ayudar a los Estados en desarrollo a aplicar la Convención (art. 32). Para facilitar la aplicación y el seguimiento de la

las personas con discapacidad pueden contribuir con una amplia gama de pericia, destrezas y talentos»¹⁶.

La Convención y su Protocolo facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006, abierto a la firma el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 mayo de 2008, acordándose la creación de un comité, que, integrado por expertos independientes, recibirá informes con cierta periodicidad de los Estados sobre los progresos realizados.

E) Por último, hemos de resaltar, como antecedentes más genéricos de gran parte de esta normativa, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por otra parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁷, que establece una delimitación de los conceptos

Convención, los Estados designarán organismos gubernamentales encargados de esas tareas y crearán un mecanismo nacional para promover y supervisar la aplicación de la Convención (art. 33). Un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, integrado por expertos independientes, recibirá informes periódicos de los Estados partes sobre los progresos realizados en la aplicación de la Convención (arts. 34 a 39).

¹⁶ En una encuesta en Estados Unidos en el 2003, casi tres cuartas partes de los empleadores manifestaron que los empleados con discapacidad no requerían de adaptaciones especiales.

¹⁷ DOCE n.º L 180 de 19/07/2000. Establece en su articulado: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. Artículo 2. Concepto de discriminación: 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico. 2. A efectos del apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. 3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro. 4. Toda orden de discriminar a personas por motivos de

genéricos de discriminación directa e indirecta, que puede servirnos de referencia, así como el ámbito de aplicación que la misma establece.

Por su parte, y si bien, igualmente no en el terreno específico de la discapacidad, sí supusieron notable avance las siguientes directivas:

- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción entre profesionales, y a las condiciones de trabajo, en cuyo artículo 1, ordena insertar en la directiva que modifica el párrafo siguiente: «1 bis. *Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objeto de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1*».
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, teniendo en cuenta que las referidas disposiciones sólo se aplican a procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, lo cual nada obsta a que posteriormente puedan ser aplicados, entendemos que analógicamente, a los procedimientos nacionales, como hemos visto que pretende directamente el anteproyecto de Ley de Mediación arriba mencionado. La directiva especifica que la misma no debe aplicársela las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo (sobre cuyo sistema

su origen racial o étnico se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1. Artículo 3: Ámbito de aplicación. 1. Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda».

arbitral nos referiremos más expresamente), el arbitraje o la determinación por un experto. Hay que hacer mención a que la mediación que regula la directiva finaliza en un acuerdo, cuyo cumplimiento dependerá de la buena voluntad de las partes, recomendando que los Estados miembros regulen sistemas para que el acuerdo obtenga fuerza ejecutiva, cuestión ésta que nuestra legislación pretende quedar resuelta como hemos dicho anteriormente. Por otra parte, ello deriva de una exigencia que establecía el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 que dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se ha celebrado para poder ser ejecutivo en otro Estado miembro.

2. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL ARBITRAJE PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como indicábamos anteriormente, la regulación está contenida en el 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.

No nos cabe la menor duda que tal texto, tomó como base el vigente entonces Decreto 636/1993 de 3 de mayo por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo¹⁸. Hay que precisar que si bien esta norma adolecía de ciertas carencias, era bastante más flexible y desvestida de trámites que la actual ha venido a imponer, desapareciendo, en gran medida la agilidad y rapidez que caracterizaban al sistema.

¹⁸ Este texto fue redactado por imperativo de lo dispuesto en la entonces Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 26/1984, de 19 de julio, que en su artículo 31 establecía que: «*Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concorra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.*

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Respondía con ello a lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Constitución Española al expresar que: «*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*».

Tras la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, la vigente entonces era la Ley de Arbitraje 36/88, de 5 de diciembre. Este texto en su Disposición Adicional Segunda, renovaba el mandato de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo que: «1. El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y, ámbito territorial de los órganos arbitrales y, demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984»¹⁹.

Con posterioridad a esta norma y al Real Decreto 636/1993, es promulgada la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, en cuya Disposición Adicional Única indicaba: «Arbitrajes de consumo. Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho». Precisamente esta disposición provocó no pocas críticas, entre otras las del este autor, por entender que con esta disposición quedaba en entredicho el arbitraje en equidad en materia de Consumo, dado que realmente el texto reglamentario mencionado que lo regulaba (636/93), no se refería de forma expresa al arbitraje de equidad y por su carácter supletorio se aplicaba la Ley de Arbitraje de 1988 que sí lo establecía expresamente. Al quedar ésta derogada por la nueva Ley 60/2003 y establecer ésta que los laudos serán dictados en Derecho, salvo acuerdo expreso de las partes, el marco supletoria del Arbitraje de Consumo, pasaba a ser esta ley, y por ende, ante el silencio del real decreto, el arbitraje de consumo pasa a ser de equidad.

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, en su Disposición Final Sexta señalaba que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo, regulando también el arbitraje virtual.

Tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estas previsiones y el régimen

¹⁹ El punto 2 de la misma disposición establece que: «2. Se adiciona un párrafo final en el artículo 10.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de *los consumidores y usuarios*, con la siguiente redacción: “*Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí mismas la celebración del contrato principal*”».

legal general del arbitraje de consumo se recogen en sus artículos 57 y 58²⁰. Entre otros principios rectores del Arbitraje, se establecía que «*la organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno...*». De ahí, y pasado igualmente el plazo indicado en la norma, surge al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Todo este periplo legislativo ha sido preciso indicarlo, para establecer el adecuado marco y contexto normativo en el que nace la norma que regula el arbitraje de las personas con discapacidad, el tan citado Real Decreto 1417/2008. En realidad se trata de una normativa pareja, que establece un procedimiento y parte de unos principios que son prácticamente idénticos de los recogidos en el arbitraje de consumo. De ahí que tengamos necesariamente que realizar un análisis comparativo, habida cuenta que el sistema creado para los consumidores lleva más de diecisiete años en vigor y su experiencia es la que ha servido de base para la redacción del texto que ahora analizaremos. Por otra parte, a pesar de los cuatro años de vigencia del Real De-

²⁰ Artículo 57. «*Sistema Arbitral del Consumo.*

1. *El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.* 2. *La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.* 3. *Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas.* 4. *Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.*

Artículo 58. *Sumisión al Sistema Arbitral del Consumo.* 1. *La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.* 2. *Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo».*

creto 1417/2008, no ha tenido prácticamente implantación ni ha sido desarrollada ni experimentada prácticamente por nadie. No obstante hemos de indicar que éste es, a nuestro juicio, bastante defectuoso en algunas de sus formulaciones, pues como veremos, al pretender imitar el procedimiento de consumo, confunde algún concepto e identifica instituciones indebidamente.

No obstante el juicio de la misma ha de ser valorado positivamente dado que se trata de un instrumento más, que llevado a la práctica, puede solventar múltiples reclamaciones de las personas con discapacidad sobre las materias que son objeto de la norma.

Como decíamos, aún con el temor de resultar reiterativos, las similitudes entre el mencionado procedimiento que crea el texto reglamentario y el existente ya en el arbitraje institucional por excelencia, cual es el Arbitraje de Consumo, son palmarias. Me parece óptimo que se recojan ambos procesos de forma similar, pues ello facilita el conocimiento procedimental y aún sustantivo para quienes pretendan ejercitar este tipo de acciones y busquen asesoramiento ya que la excesiva sectorialización y/o especialización de los aspectos de la vida social y de los consiguientes procesos que los regulan, hacen cada día más difícil el obtener un adecuado conocimiento de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el establecer un nuevo sistema arbitral para las personas con discapacidad, similar al más habitual y conocido, cual es el mencionado de Consumo, va a facilitar que puedan aprovecharse infraestructuras preexistentes, experiencias acumuladas, árbitros, etc.

Este sistema, se configura, a similitud del mencionado, como «sin formalidades especiales, para atender y resolver con carácter vinculante para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad...» (art. 1.2)²¹.

Igualmente el sometimiento al sistema es de carácter voluntario, e igualmente sus resoluciones (que recibirán la denominación también de **laudo**) son títulos ejecutivos como recoge el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin duda comete un error el legislador al regular la cuestión, pues confunde dos figuras: la de la junta arbitral y la del colegio arbitral. Bien es sabido que mientras la primera se encarga de la tramitación administrativa del expediente en cuestión y de la designación del propio colegio con sus miembros integrantes, la segunda por el

²¹ Esta última frase «accesibilidad universal», no se encontraba en el artículo 17 de la Ley 51/2003, del que esta norma es heredera.

contrario, es el órgano colegiado que va a resolver «a quo» el asunto objeto de la reclamación. Esta confusión puede observarse con claridad en el artículo 6 del mencionado Real Decreto al establecer que las juntas arbitrales estarán compuestas de presidente, secretario y dos vocales, para posteriormente y a lo largo del texto referir que quien ha de ostentar, como es natural, tal composición, no es otro que el colegio arbitral.

Al igual que el arbitraje institucional a que nos venimos refiriendo, se establece que la decisión arbitral será en **equidad**, salvo que las partes optaran expresamente porque la misma sea conforme a Derecho. Bien es sabido, como ya recogió nuestro Alto Tribunal desde inmemoriales tiempos que la equidad es el más sano principio inspirador de nuestro derecho positivo, y que consiste en algo tan eminentemente de justicia, como la adaptación del Derecho a las particularidades del caso concreto, fijándose más en la justicia material que en la justicia abstracta. Quizá pocos campos son tan sensibles como la discapacidad, a la tensión que emerge entre los atropellos a este colectivo y la necesaria y urgente defensa y restablecimiento de sus legítimos intereses. Por ello, sin duda, celebramos la aprobación de este texto, pero no podemos dejar atrás una exigencia inmediata de su aplicación, que aún no goza de la implantación que merece.

Uno de los puntos más discutidos por su falta de claridad, es precisamente el ámbito de aplicación de la norma, dado que la misma establece que las controversias se referirán a: «a) telecomunicaciones y sociedad de la información; b) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) transportes; d) bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas jurídicas o físicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, facilitan, suministren o expidan, en régimen de derecho privado; e) Relaciones con las Administraciones Públicas en el ámbito del Derecho Privado» (art. 2.1).

No cabe duda que el referido ámbito resulta notoriamente genérico y que nació con ansias globalizadoras que pueden resultar plausibles, sino fuera por el hecho de que la aplicación de qué hechos en concretos pueden al final ser objeto de queja o reclamación va a resultar, como nos dice la experiencia ya en el campo de Consumo, (donde está más delimitado su ámbito), un verdadero caballo de batalla que de lugar a inadmisiones discutibles, o a *sensu contrario*, a admisiones poco comprensibles. ¿Por qué al igual que opta por emular el procedimiento arbitral referido, no lo hace respecto a su ámbito de aplicación, si bien circunscrito al campo de las personas con discapacidad? Puede que tan omnicompreensivo objeto, cuya intencionalidad es plausible, de lugar en la práctica a no pocas dudas de aplicación.

Pero tratemos más específicamente al aspecto procedimental, abandonando más aspectos meramente genéricos y sustanciales.

En cuanto a la presentación de la solicitud de arbitraje y admisión de la misma, prácticamente sigue los mismos cauces que en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo. No se especifica el lugar en el que se ha de presentar la misma, si bien se entiende que ante las juntas arbitrales y desde cualquier medio que permita su recepción. En cualquier caso sí hace referencia genérica a que dicha presentación se podrá hacer ante las oportunas organizaciones representativas de las personas con discapacidad (art. 16.1). Sin duda, para ello, previamente el Ministerio de Asuntos Sociales deberá de proveer a las respectivas organizaciones de los impresos normalizados para tales presentaciones. Estimo que previo a ello, va a ser necesaria la formación a cargo del referido ministerio acerca del funcionamiento de este sistema y de la tramitación del mismo, al menos desde sus inicios, para que el personal de tales organizaciones pueda suministrar a la persona con discapacidad la información precisa, no sólo de cómo rellenar el impreso, sino de cómo discurrirá posteriormente el procedimiento arbitral.

Recibida la solicitud por la Junta Arbitral y admitida a trámite (previo examen de los supuestos excluidos por el art. 2.2²²), se comprobará la existencia de convenio arbitral. De no existir, a diferencia del de Consumo, se dará traslado por 10 días (no 15 días) a la parte reclamada para que acepte o rechace el arbitraje (rechazo que se puede realizarse por la omisión de contestación alguna). En caso de rechazo deberá procederse sin más trámites al archivo del expediente. En caso de ser aceptado, se designa por el presidente de la Junta Arbitral directamente el colegio arbitral correspondiente. Previamente a ello, a similitud del arbitraje del Real Decreto 231/2008 hay que dictar una resolución de inicio (requisito éste que creó el citado Real Decreto y que resulta de una trascendencia administrativa irrelevante, a mi juicio, incrementando el número de trámites dentro de un procedimiento que debía caracterizarse por su sencillez).

Del texto se deduce una cuestión que es más que discutible y es que el presidente de la Junta Arbitral, será el presidente del colegio. Expresamente desde luego, lo dice del propio secretario de la Junta, al que le atribuye las funciones del secretario

²² Textualmente dice: «2.2. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las controversias sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva en los casos en que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento. b) Aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de las personas con discapacidad que carecen de capacidad de obrar o de representación legal y no puedan actuar por sí mismas. c) Aquellas en las que concurren indicios racionales de delito. d) Las cuestiones que estén determinadas en contratos administrativos, así como otras materias que no sean de libre disposición conforme a derecho».

del colegio arbitral, cuestión que se recoge claramente en el artículo 21, y que si bien inicialmente aparecía en el borrador del Real Decreto 231/2008, fue lógicamente suprimido por razones obvias. El secretario de la Junta Arbitral tiene unas claras y delimitadas funciones en el ámbito administrativo del procedimiento, y resulta contradictorio en la práctica poco viable, que se le atribuyan las funciones propias de un secretario de un colegio arbitral. Téngase en cuenta que si los colegios a celebrar son decenas (en el peor de los casos) o centenas, se verá absolutamente desbordado de su propio cometido. Por ello, entendemos que procede la reforma inmediata del artículo 21 del presente Real Decreto 1417/2006, dado que en caso contrario no va a resultar viable el procedimiento por un vicio de origen. Dada la escasa o nula implantación de este sistema, podemos afirmar que tal problema no ha sido puesto de manifiesto, por ello, urge sin duda, proceder de inmediato a subsanar tal error, antes del deseable funcionamiento de este sistema.

Designado el colegio arbitral se procederá a la remisión de la documentación a las partes las cuales podrán formular sus correspondientes alegaciones. Hay que destacar dos importantísimas novedades respecto al procedimiento arbitral de consumo: De una parte no hace mención a una de las figuras más características de la reforma de la regulación del mencionado proceso de consumo, cual es la figura de la mediación. Y por otra, y más importante desde le punto de vista procedimental, es que puede prescindir, a propuesta del colegio arbitral, de la fase de audiencia presencial de las partes. Esta posibilidad puede ser un instrumento de agilidad del sistema. Desde luego la inmediatez en que se traduce la audiencia presencial no tiene parangón con cualquiera otra fórmula, pero no cabe duda que esta posibilidad que abre el texto reglamentario puede ayudar a resolver los expedientes con mayor agilidad. Bastará que los miembros del colegio tengan ante sí las correspondientes alegaciones, para que puedan decidir sin más y dictar el correspondiente laudo arbitral. Pueden, eso sí, solicitar a las partes, si lo estiman necesario, una segunda fase de alegaciones por un plazo de 7 días, para aquellos extremos que consideren deben quedar expuestos con claridad a fin de poder responder adecuadamente en el laudo a las pretensiones y alegaciones de las partes.

A diferencia del plazo para dictar el laudo en materia de consumo que es de seis meses desde la resolución de inicio, aquí, habida cuenta que la tramitación es más sencilla, se establece un plazo de cuatro meses desde la mencionada resolución. Es importante destacar que igualmente, la incomparecencia de las partes no impide que se dicte el correspondiente laudo, a diferencia (notable) con la jurisdicción ordinaria, en la que la incomparecencia de la parte va a ser generalmente estimada como un desistimiento de la acción, con las consecuencias procesales y en costas que ya conocemos. Aquí, dada la flexibilidad del sistema estos nocivos (aunque lógicos) efectos

no existen, lo que permite que sobre la base de las correspondientes alegaciones se pueda dictar el pertinente laudo, máxime en este excepcional sistema procedimental en el que se va a dispensar de la audiencia presencial en la mayoría de los casos.

Por último destacar que se remite a la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, en lo que se refiere a la forma y contenido del laudo (que ha de ser siempre motivado), así como a las correspondientes acciones de anulación ante la Audiencia Provincial competente y respecto a la ejecución del mismo, que al adquirir igualmente el laudo la forma de título ejecutivo, por virtud de lo previsto en la L.E.C. 1/2000, artículo 517, será ejecutable por el procedimiento previsto en la precitada ley de ritos.

Pero en realidad cabría preguntarnos qué aporta la reforma que viene al procedimiento arbitral creado por el Real Decreto 1417/2006. La Disposición Final Primera del citado texto establece que en lo no previsto en él, será de aplicación la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y sus normas de desarrollo, en particular en lo relativo a la notificación, al procedimiento arbitral y sus efectos.

A la vista de ello, y dado que el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, el laudo deberá ser inexcusablemente motivado sin excepciones (a diferencia de lo que hasta ahora contemplaba el art. 37.4), la necesidad de que el arbitraje sea dictado en derecho, excluyendo la posibilidad de que, en arbitrajes internos, puedan las partes disponer libremente y autorizar expresamente para que el mismo sea dictado en equidad. Con la pretendida reforma, tal posibilidad queda tan sólo para los arbitrajes internacionales. Tenemos que disentir de tal reforma, pues entendemos que en el arbitraje, ha sido consustancial al mismo la primacía de la regulación de las partes, conforme a todo nuestro sistema del principio de autonomía de la voluntad que caracteriza todo nuestro sistema de Derecho Privado, desde que fuera promulgado nuestro Código Civil en 1889, más concretamente la consagración de tal principio en el artículo 1.255 del mencionado cuerpo legal. Si no se considera adecuado el arbitraje en equidad, no se entiendo porqué se permite en el arbitraje internacional, y viceversa. En materia de discapacidad entendemos que resulta fundamental, más si cabe que en materia de consumo, que los laudos sean basados en la equidad, con la siempre lógica exigible motivación del mismo. Esta supresión, debería haber excluido algunos ámbitos, pero pro aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del Real Decreto 1417/2006, que se remite a la Ley 60/2003 (arts. 34 y ss.), y ser modificada en este punto por el artículo 5 del Proyecto, queda cegada tal posibilidad.

Igualmente para lo que refiere a la acción de anulación y al apoyo y control judicial del arbitraje (art. 40 y ss. de la Ley 60/2003) se remite ahora su competencia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 1 del proyecto de ley).

Por otra parte, respecto al procedimiento para la acción de anulación, se mantiene el del juicio verbal excluyendo el acto de vista, que sólo tendrá lugar si las partes lo hubieren solicitado (art. 9 del proyecto que reforma el art. 42 de la ley). Puede resultar adecuada esta supresión, ya que si las partes no lo estiman pertinente, por economía procesal y celeridad, procede evitar trámites innecesarios y dilatorios.

Por último, alabar la subsanación que hace de un lamentable error que contenía la ley, pues tras regular la acción de anulación en su artículo 40, en el artículo 43 expresaba que «*El laudo firme produce el efecto de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Ahora, tras la nueva redacción, por virtud del artículo 10 del proyecto establece que: «*El laudo firme produce el efecto de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la acción de anulación, y en su caso, solicitarla revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Es evidente que resulta más coherente con el resto de los anteriores preceptos, ya que parecía derogar éste artículo la regulación previa de la acción de anulación, por cierto, desgraciadamente denominada así tras la ley 60/2003, ya que con anterioridad se denominaba «recurso de anulación», terminología más adecuada, habida cuenta que se «recurre» una resolución arbitral pretendiendo su nulidad, no se insta una acción *ex novo*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J.: «La responsabilidad de los árbitros», en *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*. Boletín, n.º 9, 1997.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: «La Ley de Arbitraje: Intervención y control jurisdiccional», en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 5, 1991.
- CAMPO VILLEGAS, E.: «Sobre la prórroga del plazo para dictar el laudo arbitral (comentarios a la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de julio de 2002)», en *Anuario Justicia Alternativa, Derecho Arbitral*, n.º 4, 2003.
- «Temas que, sometidos a arbitraje, pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas», en *Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch*, n.º 8, 2007.
- «La partición hereditaria arbitral», en *La partición hereditaria*. Coordinador: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Ed. Ramón Areces, 2006.
- «Temas que, sometidos a arbitraje, pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas», en *Anuario Justicia Alternativa y Arbitraje. Tribunal Arbitral de Barcelona y Bosch*, n.º 8, 2007.

- «Los notarios ante el arbitraje. Nuestra postura», en *Revista «El notario del siglo XXI»*, n.º 20, de julio-agosto de 2008.
- COLMENERO GUERRA, J. A.: *La intervención jurisdiccional en el Arbitraje de Consumo*. Sevilla, 1999.
- DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 2006.
- LAMONEDA DÍAZ, F.: «La Ley 60/2003 y su incidencia en el Sistema Arbitral de Consumo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 2.º trimestre, 2004.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a y MATHEUS LÓPEZ, C. A.: *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián, 2003.
- MERINO HERNÁNDEZ, S.: *Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco*. Vitoria, 2001.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: *El arbitraje: el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo*. Madrid, 1991.

Capítulo XIV

LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN EN SITUACIONES DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

Gloria Álvarez Ramírez

Doctora en Derecho

Mediadora

Coordinadora de la Fundación Derecho y Discapacidad

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas estamos asistiendo a una concepción cambiante del mundo en general. Se está pasando de hablar de *organización social* a caracterizar a la sociedad como *sistemas sociales* que permite visualizar a un todo heterogéneo de personas que se ordenan e interactúan mutuamente en lo que se conoce como visión holística de la sociedad¹. Tales cambios están acarreado un innegable aumento de la conflictividad a nivel cuantitativo como cualitativo². Dicha circunstancia está cuestionando y exigiendo que las vías existentes para evitar y, en su caso, resolver los conflictos, deba ir adaptándose a cada época, a cada situación, a cada tipo de conflicto, debiéndose abrir nuevos cauces que permita una adaptación de las partes implicadas y ofrezcan un mayor abanico de posibilidades al ciudadano.

En este contexto, y con la pretensión de encontrar fuera de los órganos jurisdiccionales o en el seno de estos, de modo complementario, una solución efectiva, ágil y económica a los conflictos, se ubica el movimiento de las ADR «Alternative Dispute

¹ Una visión holística es aquella que se opone a una visión atomista que ve a la sociedad como una sumatoria de partes completamente independientes que son la que forman el todo.

² Una explicación del conflicto partiendo de la Teoría General de los Sistemas puede verse en: SUARES, M.: *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, 1996.

Resolution»³ que representan en este momento una prioridad política de acceso a la justicia con una evolución que está siendo imparable.

En la actualidad, la prioridad política de acceso a la justicia tiende hacia la pluralidad, de modo que, frente a la extrema judicialidad, se ofrezca una variedad de cauces que permitan escoger en libertad, la opción más adecuada en cada momento, y conforme a las particularidades del conflicto y a sus circunstancias propias. Este paradigma de justicia eficaz se enmarca en una definición amplia de acceso a la justicia, que no se limita a un mero acceso a los tribunales, sino que se concibe como un *derecho de toda persona sin distinción alguna* a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. Es decir, se pasa de establecer una relación directa con garantías procesales básicas (tutela judicial) a una visión vinculada a un derecho más complejo referido a todo mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto de relevancia jurídica. En este sentido, la mediación se incardina como un mecanismo complementario, que no necesariamente alternativo, al acceso a la justicia, con miras a consolidar un sistema de evitación, o en su caso, de resolución de conflictos satisfactorio para el ciudadano y la sociedad en general.

De esta nueva conciencia de la justicia participan las personas con discapacidad que pueden encontrar en la mediación una herramienta útil para asegurar el pleno reconocimiento y ejercicio de sus derechos. Desde diferentes instancias se sugiere fomentar la mediación como fórmula de resolución de conflictos jurídicos en donde intervenga una persona con discapacidad como un instrumento adicional que contribuya a mejorar las condiciones de acceso a la justicia⁴.

³ Las ADR, siglas de las palabras inglesas *Alternative Dispute Resolution*, que en español tiene su homóloga en Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos, hablándose también en la Unión Europea de MASC, siglas de *Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos* comprende una serie de sistemas que se ofrecen como alternativos o complementarios al sistema de justicia tradicional: la conciliación, el arbitraje y la mediación. Sobre las ADR, véase: BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Reus, 2009, págs. 9 a 29, y 27 a 71.

⁴ Al respecto, véase: AGUIRRE ZAMORANO, P., TORRE VELA, M. (Directores) y otros: *Guía de buenas prácticas sobre acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en la administración de justicia según la Convención de la ONU y Reglas de Brasilia*. Consejo General del Poder Judicial. Lual Ediciones, Madrid, 2011.

2. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA DE INTERVENCIÓN JURÍDICO-SOCIAL

La mediación ofrece una polisemia de conceptos⁵ debido a que comprende un vasto campo de aplicación. No obstante, la variedad de definiciones, todas ellas convergen en señalar que se fundamenta en un cambio de actitud de las personas frente al conflicto, pasando de una actitud de competencia a una actitud de colaboración o cooperación. Implica, por tanto, la creación de una nueva cultura, potenciadora de la responsabilidad y el diálogo como forma de entendimiento social⁶.

La dimensión de la mediación, es tan amplia, que opera de modo transversal e interdisciplinariamente, aunando el saber teórico y práctico de varias disciplinas: *sociales, psicológicas, legales*; apoyándose además, en experiencias y en la cultura en la que se desenvuelve.

Analizar la mediación desde una perspectiva jurídico-social, supone tener en cuenta elementos de variada índole: el contexto donde se utiliza, la formación o capacidad de las partes en gestión de conflictos, la organización de la mediación como procedimiento simplificado, ágil y accesible, los procesos de tipo social, psicológico y jurídico que suceden en su aplicación, las relaciones interpersonales, etc.

Aunque las modalidades llamadas alternativas de solución o resolución de conflictos basadas en el diálogo y la colaboración no son sistemas de reciente data, sí asistimos a un interés renovado hacia estas formas de apaciguamiento de los conflictos debido, fundamentalmente, al actual contexto de un mundo globalizado⁷, a la crisis económica⁸, y a las dificultades de acceso a la justicia⁹. Puede decirse que el resurgimiento y desarrollo de la mediación se basa en razones de tipo eminen-

⁵ FOLGER, J. y TAYLOR, A.: *Mediación. Resolución de conflictos sin Litigio*. Editorial Limusa. México, 1992.

⁶ VILLAGRASA, C. (Cord.): *La mediación. La alternativa multidisciplinaria a la resolución de los conflictos*. Universidad de Barcelona, Ed. Pòrtic. Barcelona, 2004.

⁷ Sobre este asunto, véase: GOLTHEIL, J. y SHIFFRIN, A.: *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós. España, 1996; GONZÁLEZ RADÍO, V.: *Justicia y Globalización*. Serie Administración General. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2001.

⁸ Sólo por citar un ejemplo: «...en Madrid capital la demanda de mediación familiar ha aumentado un 33% en los siete Centros de Atención a las Familias CAF del Ayuntamiento». Tomado del periódico digital ADN Madrid en su edición del 15 de febrero de 2011.

⁹ Para una pequeña visión de la crisis actual de la justicia, leer: *La justicia, en crisis, grave y profunda: la abogacía diagnóstica y ofrece soluciones*, en la Página Web del Consejo General de la Abogacía <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1244444626738.pdf>. Efectos previsibles de la crisis económica en la carga de trabajo de los órganos judiciales (II). *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 17, 2009.

temente práctico y coyuntural como lo es la crisis económica y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales.

Si bien el acceso a la justicia para todos es un derecho fundamental consagrado por el artículo 24 de la Constitución española¹⁰, el artículo 6 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; el derecho de recurso efectivo ha sido elevado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho Comunitario¹¹ proclamado además por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; lo cierto es que, la justicia se encuentra en un estado de deterioro debido a que el sistema jurídico se ha tornado ineficiente. De ahí, que el derecho al acceso a la justicia se haya convertido es una exigencia a la que los Estados quieren responder mediante la puesta en funcionamiento de procedimientos rápidos y poco costosos¹². En este sentido, la mediación opera como una herramienta de intervención jurídico-social que da respuesta a las dificultades al acceso a la justicia, en un esfuerzo innovador por aliviar el sistema de tribunales atiborrados de procedimientos que tienden a alargarse sin consideración alguna de valores de tiempo, dispendios o emociones.

La mediación ha demostrado ser una estrategia útil en la resolución de conflictos en múltiples contextos y tipos de problemas, y por tanto se ajusta plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia¹³. En efecto, la

¹⁰ El artículo 24 de la CE en realidad hablar de tutela judicial efectiva, y mucho se ha discutido si puede distinguirse con la garantía del debido proceso. No entraremos a tales valoraciones, pues lo que nos interesa resaltar es una visión amplia del acceso a la justicia (judicial y extrajudicial) que involucre a las instituciones públicas en su conjunto, y que abarque todo mecanismo que sea eficaz para la resolución de un conflicto jurídico. De todos modos, sobre esta cuestión véase: FERNÁNDEZ VIAGAS, B.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Editorial Civitas, Madrid.

¹¹ Sentencia de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, Recopilación, pág. 1651.

¹² La Unión Europea con la finalidad de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente con el objetivo de un mejor acceso a la justicia se ha mostrado muy interesada en las modalidades alternativas de solución de conflictos. Al respecto, la Comisión Europea publicó en el 2002 un documento de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos (Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil). En el 2004 decidió crear un Código de Conducta de los mediadores, el cual fue aprobado y adoptado en octubre de 2004 por la Comisión, y sometido al Parlamento y al Consejo Europeo como Directiva marco sobre la mediación. (Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles). El Libro Verde, el Código de Conducta y la Directiva, se inscriben todos ellos en los trabajos que la Unión Europea lleva a cabo para garantizar un mejor acceso a la justicia.

¹³ Al respecto, véase el Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2010-2012, aprobado el 18 de septiembre de 2009 por el Ministerio de Justicia (<http://www.mjjusticia.es>), pág. 5.

mediación desempeña un papel complementario con relación a los procedimientos judiciales y jurisdiccionales¹⁴, en la medida en que, a menudo, las técnicas aplicadas en ella se adaptan mejor a la naturaleza de los litigios. De este modo la mediación puede permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible llevar a cabo, debido entre otros factores, a la falta del carácter consensual de los procedimientos judiciales. En cambio, la mediación actúa como una herramienta al servicio de la paz social, puesto que, las partes emprenden un proceso de aproximación por sí mismas, buscando la solución más conveniente para ellas, sin que terceros adopten decisiones al respecto.

3. LA DISCAPACIDAD Y LOS CONFLICTOS

La complejidad de la sociedad actual que obedece a severos cambios sociales ha acarreado una profunda transformación en la estructura familiar, en particular, y en la estructura social, en general, que se suma al papel desempeñado por los poderes públicos que se ocupan ahora de realidades sociales diferentes de las suscitadas y atendidas en otro tiempo —*la discapacidad*—, obligándoles a ofrecer respuestas alternativas a su tradicional modo de actuación y, demandando un gran esfuerzo de adaptación por parte de las personas con discapacidad y de aquellos que se relacionan con ellas. Este esfuerzo de adaptación requiere también un esmero para gestionar los conflictos asociados a dichos cambios.

En cualquier concepto dado al conflicto se le identifica con divergencia entre dos o más personas, o entre personas e instituciones, o entre instituciones sobre intereses, objetivos, ideas, motivos y, en definitiva, con satisfacción de necesidades. Si bien, el conflicto se manifiesta en los diferentes ámbitos donde se produce mediante señales muy parecidas: falta de comunicación, frustración, relaciones marcadas por rabia, rencor, tristeza..., se hace indispensable destacar el contexto en donde se origina y se desarrolla, y también matizar las particularidades de las personas implicadas con el fin de enfocarlo y abordarlo debidamente.

Las personas con discapacidad, como las demás, deben enfrentarse a diversos conflictos, de los cuales, algunos están directamente asociados con la discapacidad en términos de derechos que afectan sus niveles de vida y bienestar en diferentes ámbitos (salud, educación, trabajo...) y otros, que sin tener necesariamente un vínculo

¹⁴ Es importante realizar la diferencia entre lo judicial y lo jurisdiccional. Lo judicial (que hace a la intervención de los jueces), y lo jurisdiccional (que hace a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, dentro de las funciones de la tutela efectiva de los ciudadanos).

directo con las condiciones materiales de vida de la persona, se ven directamente afectados por la sombra que aún parece desprender la discapacidad.

Tanto en unos como en otros, existen especiales circunstancias emocionales ligadas a la discapacidad: sentimiento de desgracia, de ninguneo, debilidad, vergüenza, incapacidad, aislamiento, pérdida, desesperación, frustración, falta de apoyo, desesperanza, etc. Es decir, además de las manifestaciones inherentes a cualquier conflicto, en el ámbito de la discapacidad se revelan circunstancias que le son propias, necesidades concretas que deben ser satisfechas.

De acuerdo a estos sentimientos y necesidades en el ámbito de la discapacidad, y de las interrelaciones que se producen a su alrededor (con la familia, a nivel social, a nivel institucional, a nivel comunitario...) se pueden diagnosticar diversas situaciones conflictivas (cuidado, convivencia, atención educativa, sociosanitaria...), y de la manera de cómo las personas con discapacidad perciban tales conflictos, dependerá en gran medida la forma de tratarlos y su calidad de vida.

Si, como veremos más adelante, la construcción jurídico-social de la discapacidad ha evolucionado para encontrarle un nuevo estatuto que la desligue de visiones pasivas y asistencialistas, en pro de una concepción dignificadora de la misma mediante el desarrollo de la participación y la igualdad; la verdad es que, persisten los estereotipos de la discapacidad que hacen que la mayoría de intervenciones en este campo, estén teñidas de una mirada negativa que incide en sus déficits y limitaciones.

Es indudable que esta concepción y actitudes existentes en relación con la discapacidad influyen negativamente en el comportamiento en las situaciones conflictivas. Por tanto, es necesario, cambiar la visión de la persona con discapacidad como un ser débil, incompleto, para pasar a percibirla como un auténtico sujeto de derechos, que por sí mismo comprende y aborda los conflictos.

4. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

a) El nuevo tratamiento jurídico-social de la discapacidad

La construcción jurídico-social de la discapacidad como la conocemos actualmente deviene de la decantación de concreciones religiosas, sociales, antropológicas sucedidas a través del tiempo. Y no podía ser de otra forma, pues ha sido la influencia mutua entre estos campos sociales lo que ha proporcionado un gran

valor explicativo a las circunstancias concretas de la discapacidad en cada momento histórico¹⁵.

La evolución de la acción pública hacia las personas con discapacidad¹⁶ nos muestra como si en un principio fue el carácter religioso el que impregnó todos los ámbitos de la sociedad convirtiéndose en la principal promotora de las formas caritativas hacia los llamados pobres en los que se incluían las personas con alguna discapacidad, pasando posteriormente a instituciones como la beneficencia en donde la limosna se institucionaliza y racionaliza bajo una política secularizadora configuradas con técnicas de policía de seguridad y salubridad pública, la protección por parte de los poderes públicos de las necesidades que en un principio fueron meramente asistenciales, han llegado en la actualidad a tener a la solidaridad como generadora mayor de la capacidad de acción sobre este asunto. Bajo este esquema, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proveer servicios a las personas con discapacidad sustituyendo en esta función a organizaciones religiosas o laicas situadas fuera del ámbito de las Administraciones públicas. La intervención pública ya no se despliega desde una perspectiva paternalista y autoritaria, tampoco desde un mero prisma asistencial, sino que adopta un papel trascendental fundamentándose en la promoción y protección de las libertades individuales y derechos propios inherentes a la persona con discapacidad.

Es decir, al tradicional tratamiento jurídico social de la discapacidad, discriminatorio, limitado y aislador, se contraponen un nuevo tratamiento que aporta un renovado enfoque sobre la realidad de la misma, quitando el peso del problema a la persona, para ubicarlo en el entorno, permitiendo su dignificación mediante el desarrollo de la participación y la igualdad, en una integración, que no es otra cosa que la inclusión en la diferencia.

b) La teoría jurídica de los derechos humanos como marco de referencia de la discapacidad

La actual manera de entender las situaciones de discapacidad pretende restituir la titularidad de los derechos a las personas con discapacidad para que estas los puedan ejercer plenamente y desarrollen sus proyectos vitales conforme lo hace el resto de la sociedad.

¹⁵ Sobre el cambio social de la discapacidad, véase: PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca y CERMI, Madrid, 2008.

¹⁶ Sobre la evolución de la intervención pública en materia de discapacidad, véase: ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.: *El Régimen Jurídico Público de la Discapacidad*. Universidad Complutense de Madrid. E-Prints, 2009, págs. 20-130.

El nuevo tratamiento de la discapacidad, por tanto, se inspira y regula jurídicamente desde el marco de los Derechos Humanos, los cuales se sustentan bajo los principios o valores¹⁷ de igualdad, dignidad y solidaridad, que atendiendo a la mayoría de la doctrina jurídica¹⁸ se localizan en la raíz de todos los derechos básicos de la persona. La cultura jurídica actual asume tanto la dignidad como la igualdad y la solidaridad como principios o valores que implican, fundamentalmente, una preocupación y una nueva orientación referida a aquellos colectivos clásicamente discriminados, que han estado en permanente desventaja respecto al resto de la sociedad, debido a la anulación de cualquier reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Básicamente, la perspectiva de la discapacidad basada en los Derechos Humanos tiene que ver con reconocer como sujetos y no como objetos a las personas con algún tipo de discapacidad, lo que supone situar los problemas fuera de la persona para abordarlos desde su entorno¹⁹. Lo relevante no es ya el reconocimiento y dis-

¹⁷ Sobre la diferencia entre valores y principios, véase PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

¹⁸ La fundamentación de los derechos humanos en valores o principios como el de la dignidad e igualdad, es un asunto que no termina de resolverse del todo y en donde existen posiciones contrarias al respecto. Una parte de la doctrina refuta la calificación jurídica de la dignidad y la igualdad en el Derecho y apuntan hacia una separación de los mismos. En este sentido se manifiestan: FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, n.º 43, 1995, pág. 68, «Si bien la colocación de la dignidad en el frontispicio del título primero podría inducir a considerarla como un derecho fundamental, esta conclusión queda vedada por situarse aquélla fuera de los capítulos que recogen los derechos y libertades». Por su parte, PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 287 y ss., sostiene que la dignidad es principio fundamentador, pero sólo de ciertos derechos. También en la misma posición se encuentra MATEO PARDO, R.: «La dignidad de la persona humana y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Tomo I, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993, pág. 350 y ss. Dentro de la doctrina jurídica, conforme al criterio de considerar la dignidad y la igualdad como causales de los derechos, se encuentran: FERNÁNDEZ-GALIANO, A.: *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Quinta edición. La Latina, Madrid, 1980, pág. 28 y ss.; FERNÁNDEZ, E.: *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*. Debate, Madrid, 1984, pág. 104 y ss.; BALADO RUIZGALLEGOS, M.: «Perspectiva jurídico-política de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978», en *RDP*, n.º 120-121, 1990, pág. 632; LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1998, pág. 47; PECES BARBA, G.: *Derechos fundamentales*, 3.ª edición. La Latina, Madrid, 1980, pág. 28 y ss.

¹⁹ Al respecto, véase: PALACIOS, A. y BARRIFFI, F.: «La persona con discapacidad como persona humana. Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos», en *Tratado sobre Discapacidad*. Dirigido por Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez. Thomson-Aranzadi, 2007.

frute de los derechos específicos de estos individuos, sino el efectivo y real disfrute de los mismos en condiciones de igualdad y no discriminación.

De acuerdo a lo anterior, los derechos fundamentales presentan cuando menos dos enfoques: uno es el su significado simbólico, y otro es su instrumentalidad jurídica para lograr que su contenido sea posible. El primer enfoque aunque ha estado presente, fundamentalmente ha servido a la discapacidad para que no se sumiera en el total olvido; pero la instrumentación jurídica de los Derechos Humanos se torna indispensable para lograr que la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad se consolide como la mejor forma para restaurar plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales, no sólo a nivel sustancial, sino también procedimental.

En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad aprobada mediante Resolución 61/106 de las Naciones Unidas en su sexagésimo primer período de sesiones, se ha convertido en un instrumento jurídico vinculante con autoridad y específica aplicación para las personas con discapacidad. Convención que se ha apoyado y planteado desde las leyes internacionales de Derechos Humanos vigentes y ha orientado concretamente las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que impactan adversamente sobre la condición de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

c) Fundamento constitucional de la protección de las situaciones de discapacidad en España

Conforme a lo expuesto anteriormente, existe actualmente un nuevo tratamiento jurídico-social de la discapacidad que pretende romper con los tradicionales modos de abordarla, introduciendo una nueva concepción global de la misma mediante la incorporación de cambios que persigan mejoras significativas de las circunstancias cualitativas de las personas afectadas. Este nuevo enfoque viene respaldado por la Constitución española, pues contiene fundamentación jurídica suficiente en la que se apoya la discapacidad, al contener diversos mandatos dirigidos a los poderes públicos que, ya sean de forma genérica o singularizada, establecen como objetivo prioritario de su actividad el mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y, en particular, de las personas con algún tipo de discapacidad.

Al respecto, el artículo 49 de la Constitución Española obliga al conjunto de los poderes públicos a llevar a cabo, ya no sólo políticas pasivas, sino de modo especial, políticas activas en materia de discapacidad. Como quiera que el artículo proclama

la totalidad de las acciones en que se traduce la protección de las personas con discapacidad, resulta claro entender que se trata de un compromiso, tanto de la legislación positiva, de la práctica judicial y de las Administraciones públicas, que les exige acomodar sus actuaciones al principio de integración de las personas con discapacidad, el cual viene a estar sustentado por otras disposiciones constitucionales más generales como las plasmadas en los artículos 1.1, 9.2. 10 y 14.

Además, resulta necesario establecer que los mandatos considerados deben estar en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE), que sirve de marco general bajo el cual las acciones que se desarrollan para la protección de las personas con discapacidad disfrutan de una justificación y respaldo constitucional. Al hilo de esta directriz constitucional, se recogen otros principios que informan la legislación en esta materia y son las que proclaman el valor de dignidad de la persona establecido en el artículo 10.1 CE, el artículo 14 CE, que establece una igualdad formal y una no discriminación, o el artículo 9.2, que propugna por una igualdad real y efectiva mediante la actuación positiva de los poderes públicos.

Todos estos principios al estar incorporados al ordenamiento constitucional deben servir, por una parte, para desarrollar una intensa labor de producción normativa en la materia, y por otra parte, para señalar el camino de la intervención pública necesaria para una efectiva protección de las personas con discapacidad.

d) La dignidad y la igualdad como principios habilitantes de intervención

La necesidad de volver la mirada hacia la discapacidad como centro y objeto principal de la reflexión jurídica, ha conllevado a su vez a volver a descubrir los principios constitucionales que inspiran la intervención de los poderes públicos en esta materia de cara a la necesaria reacción de los poderes públicos frente a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad.

Retomar y analizar los principios constitucionales de dignidad e igualdad resulta del todo necesario para valorar si con ellos las personas con discapacidad pueden obtener resultados más satisfactorios de los que hasta ahora vienen obteniendo, y permite además dismantelar los variados dogmas y connotaciones negativos que se han venido forjando en torno a los mismos.

La importancia del principio de dignidad en la aplicación de la mediación en conflictos donde las partes, o alguna de ellas tenga discapacidad, se traduce en que difícilmente se podría mediar y/o llegar a acuerdos sin que previamente ambas partes tuviesen reconocido su *status* de dignidad y la normativa no amparara los

derechos y obligaciones de las mismas, sin ningún género de discriminación. Por ende, el reconocimiento jurídico de la dignidad supone que el Derecho garantice los proyectos vitales de *todos* los miembros de la sociedad.

El alcance del principio de igualdad se verifica por ser la base que impulsa al sistema legal a asumir la existencia de una sociedad diversa. Supone la no discriminación de ninguna persona en el ejercicio y desarrollo de su personalidad para su participación en la sociedad, y la tarea de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva²⁰.

5. CONSIDERACIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA GESTIONAR CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

Para entender la importancia de la mediación en el ámbito de la discapacidad, es necesario comprender los beneficios y las dificultades que con frecuencia provienen de las percepciones mutuas de las partes en disputa y de los diversos componentes del conflicto.

En lo que se refiere a las percepciones mutuas de las partes, en su descripción de la escalada y persistencia del conflicto, Pruitt y Rubin²¹ describen el papel vital de las percepciones negativas. Según el análisis realizado por estos autores, la relación entre las partes del conflicto suele desarrollarse a través de una serie de cambios psicológicos entre los que figura el desarrollo de actitudes negativas hacia el otro, y atribuciones de culpa, inferioridad, inutilidad y otros rasgos negativos.

Cuando la igualdad entre las partes no existe, los contendientes menos poderosos están en desventaja. Los problemas que rodean a la desigualdad son especialmente agudos en el ámbito de la discapacidad. La parte con discapacidad puede estar en desventaja en formas distintas²². Puede tener mayores inconvenientes para reunir y evaluar la información precisa y necesaria para la contienda, puede tener serios problemas de accesibilidad (física, de comunicación), puede tener dificultades para

²⁰ SEGURA ORTEGA, M.: «La igualdad como fundamento de los Derechos Humanos», en *El principio de Igualdad en la Constitución Española*, Vol. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

²¹ PRUITT, D. y RUBIN, J.: *Social Conflict: Escalation. Stalemate and Settlement*. New-bery Awards Records, Inc. 1986, citado en VILLAGRASA, C. (Cord.): *La mediación. L'alternativa multi-disciplinària a la resolució dels conflictes*. Universidad de Barcelona, Ed. Pòrtic. Barcelona, 2004.

²² Todo dependerá del tipo de discapacidad, la intensidad de la misma y los apoyos pertinentes.

comprender los puntos del litigio y predecir el resultado del mismo... y en general, puede ser vista —es así— como la parte débil, falta de experiencia y con menos capacidad para participar en posición de igualdad.

La aplicación de la mediación en el ámbito de la discapacidad ofrece una opción interesante y necesaria para la gestión pacífica de los conflictos. A diferencia de los procesos adversariales, marcados por una decisión impuesta mediante el uso de la fuerza o el peso de la ley; la mediación, busca satisfacer las expectativas y las necesidades de cada parte plenamente, por lo que, su primera regla metodológica es la de precisar los intereses de cada una de las partes y no sus posiciones, partiendo de que ellas tomen conciencia de su propia capacidad de decisión.

La mediación, por tanto, por su propia exigencia procura **igualdad de oportunidades para las partes**, y en este sentido, la búsqueda del **empoderamiento**²³ como adquisición de poder para manejar y comprender la vida propia e influir en el entorno, resulta fundamental para incrementar su capacidad individual y colectiva, ganando confianza, visión y protagonismo para impulsar cambios positivos en su nivel de vida, para incrementar su grado de autonomía y mejorar su acceso a las diferentes estructuras con el fin de participar en la toma de decisiones que le incumben, ejerciendo como verdadero sujeto activo de derechos en igualdad que los demás.

La mediación en el ámbito de las personas con discapacidad, también resulta relevante para mantener y mejorar sus relaciones futuras, pues no hay que olvidar que en el contexto que estamos tratando muchos de los casos implican la continuidad de las relaciones.

Cuando se mantiene un tipo de relaciones habituales, la mediación suele resultar más eficaz, debido a que por la naturaleza de su interdependencia, es más probable que las partes experimenten dificultades continuas, y por tanto, estén más motivadas a buscar acuerdos satisfactorios mutuos²⁴. En este tipo de relaciones continuas, muy propias en el ámbito que tratamos, la mediación ofrece beneficios significativos a

²³ Varias son las interpretaciones y significados que se dan al empoderamiento. También diferentes son las disciplinas en que se aplica. En materia de discapacidad, el empoderamiento se está perfilando como uno de los objetivos que están dando sentido a la acción de los movimientos asociativos de la discapacidad en España. Al respecto, véase: LACASTA, J. J.: «La inclusión como objetivo de los movimientos sociales de la discapacidad», en *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en Homenaje a Paulino Azúa Berra*. CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pág. 54 y ss.

²⁴ LEVINE, M.: *Principios de Psicología Comunitaria. Perspectivas y aplicaciones*. Universidad de Oxford, 1987.

las personas con discapacidad²⁵. Por ejemplo, en las relaciones existentes entre el cuidador y la persona cuidada, la mediación puede ser un instrumento con grandes posibilidades para evitar o mitigar el *síndrome de born-out* o síndrome del quemado, o en la prevención del maltrato a personas en situación de dependencia²⁶; o en un proceso sobre modificación de la capacidad, cuando se presenten conflictos de intereses entre las posibles personas que prestan apoyo y/o respecto del cuidado personal y patrimonial de la persona con discapacidad; en materia educativa, la mediación actuaría como una medida para atender la diversidad, de práctica educativa inclusiva desarrollando actitudes de aceptación y confianza; o en las relaciones de vecindad, en donde cada vez los temas de accesibilidad se están ventilando, la mediación permitiría un progresivo conocimiento y aplicación del principio de solidaridad social como valor inspirador de la convivencia para evitar situaciones de marginación o desigualdad.

Sin embargo, esto no excluye necesariamente la posibilidad de que la mediación pueda brindar también ventajas a las personas con discapacidad en otro tipo de relaciones, como en materia de consumo, donde existe un reparo del consumidor con discapacidad a reclamar pese a la influencia del consumo en su vida individual, social y económica²⁷.

Además de ser potenciadora de la capacidad de la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, de influir de manera positiva en sus relaciones habituales; la mediación en el ámbito de la discapacidad, conlleva a que la sociedad deba asumir una nueva forma de relacionarse con este grupo de personas, a afrontar sus problemas de convivencia mediante métodos que sirvan a todos los implicados, y constituyan verdadera inclusión y experiencia activa de ciudadanía a las personas con discapacidad.

²⁵ Sobre ello, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en su preámbulo establece la utilidad de la mediación en aquellos conflictos del círculo más próximo a las personas, poniendo como ejemplo la utilización de la metodología de la mediación en torno a las familias afectadas por los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar.

²⁶ Sobre este asunto, véase: ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., BLANCO, C., GONZÁLEZ, S., e HIDALGO, B.: *Mediación en conflictos derivados de la situación de Dependencia. Una alternativa en la prevención del Síndrome del cuidador*. Proyecto de final de curso Especialista en Mediación: Ámbitos de Actuación y Técnicas aplicadas a la resolución de conflictos. Instituto de Mediación de la Universidad Complutense de Madrid, 2010. Premio ABC Solidario 2011 en la modalidad Investigación solidaria.

²⁷ Si bien el artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo recoge la «Mediación en el procedimiento arbitral», lo cierto es que no le presta demasiada atención. No obstante, basta con echar un vistazo a las estadísticas contenidas en la memoria de actividades del sistema arbitral de consumo publicada por el Instituto Nacional de Consumo para comprobar que son muchas las reclamaciones de los consumidores resueltas por el sistema de mediación.

6. VALORACIÓN FINAL

La posibilidad de que todos los ciudadanos cuenten con mecanismos ágiles, sencillos y flexibles para acceder a la justicia es un supuesto fundamental en un Estado social de derecho. Esta necesidad se acentúa en el caso de las personas con discapacidad, a las que frecuentemente se les niega el acceso a servicios vitales para su dignidad y calidad de vida, como lo es la justicia.

De la misma forma que el resto de módulos de la acción pública, la Administración de Justicia ha participado del proceso de transformación de concepción y tratamiento de la discapacidad. No obstante, en muchos sentidos, persiste una visión negativa de la misma, que conlleva consecuencias perversas en la dualidad justicia-discapacidad, pues si bien en el Derecho positivo se han venido dando de forma acelerada modificaciones favorables a las personas con discapacidad, los procedimientos para hacer efectivos los logros plasmados en dicha normativa, están resultando infructuosos debido a prácticas y entornos hostiles y no accesibles en el ámbito de la Administración de Justicia.

Si la propia Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, por una parte, se fundamenta en los principios de dignidad, autonomía individual, libertad para tomar las propias decisiones, independencia de las personas, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otros —art. 3—; y por otra parte, determina que el acceso a la justicia debe realizarse en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad como participantes directos e indirectos —art. 13.a)—, parece lógico pensar que la mediación pueda operar no sólo como un mecanismo complementario, que no necesariamente alternativo, al acceso a la justicia, con miras a consolidar un sistema de evitación, o en su caso, de resolución de conflictos satisfactorio para el ciudadano y la sociedad en general promoviendo ya no sólo la descarga en los Tribunales, sino que además, y de modo especial puede alzarse sobre la base de ser un procedimiento autónomo, sin rigidez, con un valor propio, que responde al libre acceso de los ciudadanos a la justicia, y que les permite alcanzar soluciones comprometidas, con vocación de permanencia, al ser gestionadas por las propias partes en disputa.

Además, el proceso de mediación, como cultura, puede ser una herramienta de gran ayuda para que se produzca un cambio en la forma de relacionarse con las personas con discapacidad, y una modificación de todo los operadores implicados en interactuar con este grupo, con lo que esto implica para la verdadera integración de toda la población con discapacidad.

Por lo expuesto, resulta interesante volver la mirada hacia la mediación como instrumento de gestión de los de conflictos en el ámbito de la discapacidad, valorando su carácter equitativo, participativo, y fundamentalmente, la fuerza personal que imprime a las partes en el afrontamiento del conflicto, en la corresponsabilización hacia las situaciones. Diseñar y ofertar estructuras de mediación que incidan en la autonomía individual, en la libertad para tomar las propias decisiones y en la capacidad de cada persona para superar las diferencias, supone un paso significativo hacia la transformación individual y social respecto de la discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE ZAMORANO, P., TORRE VELA, M. (Directores) y otros: *Guía de buenas prácticas sobre acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en la administración de justicia según la Convención de la ONU y Reglas de Brasilia*. Consejo General del Poder Judicial. Lual Ediciones, Madrid, 2011.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., BLANCO. C., GONZÁLEZ, S., e HIDALGO, B.: *Mediación en conflictos derivados de la situación de Dependencia. Una alternativa en la prevención del Síndrome del cuidador*. Proyecto de final de curso Especialista en Mediación: Ámbitos de Actuación y Técnicas aplicadas a la resolución de conflictos. Instituto de Mediación de la Universidad Complutense de Madrid, 2010. Premio ABC Solidario 2011 en la modalidad Investigación solidaria.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.: *El Régimen Jurídico Público de la Discapacidad*. Universidad Complutense de Madrid. E-Prints, 2009.
- BALADO RUÍZGALLEGOS, M.: «Perspectiva jurídico-política de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978», en *RDP*, n.º 120-121, 1990.
- BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Reus, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, n.º 43, 1995.
- FERNÁNDEZ VIAGAS, B.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, A.: *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Quinta edición. La Latina, Madrid, 1980.
- FERNÁNDEZ, E.: *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*. Debate, Madrid, 1984.
- FOLGER, J. y TAYLOR, A.: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Editorial Limusa. México, 1992.

- GOLTHEIL, J. y SHIFFRIN, A.: *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós. España, 1996.
- GONZÁLEZ RADÍO, V.: *Justicia y Globalización*. Serie Administración General. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2001.
- LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1998.
- LEVINE, M.: *Principios de Psicología Comunitaria. Perspectivas y aplicaciones*. Universidad de Oxford, 1987.
- MATEO PARDO, R.: «La dignidad de la persona humana y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Tomo I, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993.
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F.: «La persona con discapacidad como persona humana. Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos», en *Tratado sobre Discapacidad*. Dirigido por Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez. Thomson-Aranzadi, 2007.
- PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca y CERMI, Madrid, 2008.
- PECES BARBA, G.: *Derechos fundamentales*. 3.^a edición. La Latina, Madrid, 1980.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Madrid. 1984.
- SEGURA ORTEGA, M.: «La igualdad como fundamento de los Derechos Humanos», en *El principio de Igualdad en la Constitución Española*. Vol. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SUARES, M.: *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, 1996.
- VILLAGRASA, C. (Cord.): *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*. Universidad de Barcelona, Ed. Pòrtic. Barcelona, 2004.

Capítulo XV

LA FISCALIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO COMO PROBLEMA DE LEGITIMACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

José María Ayala de la Torre

Abogado del Estado

1. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS BENEFICIOS FISCALES A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Estado Social y Democrático de derecho que propugna la Constitución Española de 1978 en su artículo 1.1 requiere, para dejar de ser una mera declaración programática de objetivos (o sea, papel mojado) y convertirse en una realidad («España se constituye»), descartar tanto modelos basados en el igualitarismo puro (propio del denominado socialismo real, allí donde aún exista) cuanto aquellos otros sistemas que se fundamentan en el liberalismo político y (neo) liberalismo económico (que sí lo hay: es el caso de Japón o Estados Unidos¹), optando por un modelo fundamentado en la «igualdad en la libertad», en expresión feliz de Norberto Bobbio, modelo este en el que la igualdad aparece en una triple dimensión:

¹ Esta noción de Estados liberales ha perdido gran parte de su virtualidad tras la crisis financiera vivida a nivel mundial en 2008, ya que los supuestos Estados abstencionistas, grandes valedores de la lógica del mercado y de la no injerencia de lo público en la esfera jurídico-privada (que podríamos denominar «mercadóltras»), no dudaron un instante en acudir al rescate de los operadores económicos causantes de la crisis, crisis producida precisamente como «fallo» de un mercado que, según aquellos, no los tenía. Posteriormente, como bien sabemos (y sufrimos), han sido estos mismo operadores causantes de la crisis (ayudados por el Estado para no sucumbir) quienes han vuelto a atacar a las instituciones públicas (las mismas que los salvaron) por haberse endeudado, cuando, vaya paradoja, tal endeudamiento fue precisamente para sacarles del pozo. Valga este caso como ejemplo de la crisis del Estado-Providencia: en épocas de expansión, el beneficio lo absorbe el sector privado, en tanto que en momentos de recesión es el Estado (o sea, todos) quien absorbe las pérdidas: el Estado-Pozo aparece, pues, como sistema de nacionalización de las pérdidas.

1.º Igualdad como valor. A ella se refiere el ya citado artículo 1.1 de la CE de 1978, al incluir la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, esto es, como una «decisión política fundamental», en la terminología schmittiana². Desde esta perspectiva, la igualdad opera como parámetro o eje medidor de un modelo concreto de Estado, sustentado sobre la base de la decisión (o mejor, de una decisión concreta que, como tal, excluye otras) del poder constituyente, esto es, del pueblo.

2.º Igualdad formal o como principio. Dispone, a tal efecto, el artículo 14 de la CE, con el que da comienzo el Capítulo segundo del Título I («Derechos y libertades»):

«Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Se trata de una igualdad que opera como punto de partida, como forma de permitir al individuo iniciar una andadura vital en condiciones equiparables al resto de sujetos. En definitiva, a través de esa igualdad formal se pretende que el súbdito se convierta en ciudadano, en portador de realidades juridificadas, en sujeto de derechos y de deberes.

Como veremos más adelante, sirviendo de justificación a las formas de discriminación positiva o inversa, la Constitución no veda toda desigualdad, sino solamente la discriminatoria, esto es, aquella que tiene lugar cuando supuestos iguales son tratados de forma desigual (una forma, pues, de justicia conmutativa, en sentido aristotélico). Por consiguiente, no es contrario al principio de igualdad, sino que, antes bien, es conforme al expresado principio que supuestos desiguales sean tratados de forma desigual.

3.º Igualdad material, como punto de llegada del proceso democratizador.

A ella hace referencia el artículo 9.2 de la CE de 1978 (donde puede verse un reflejo de las tesis de Niklas Luhmann³), según el cual, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y

² En su «Teoría de la Constitución», Carl SCHMITT definía la Constitución, en sentido positivo, como la «decisión política fundamental». Entiende el citado autor que el pueblo, cuando se hace consciente de su propia existencia política, se convierte en Nación, lo que exige homogeneidad, y se da a sí mismo una Constitución, lo que permitía al autor distinguir la Constitución, que es intangible, de la ley constitucional, susceptible de ser modificada y de ser suspendida en estados de sitio y excepción (véase hoy el art. 55 de la CE de 1978).

³ Me refiero a la obra «Confianza», de Niklas LUHMANN, publicada en el año 1996 en la editorial Anthropolos.

de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impida o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Esta igualdad material se proyecta en una pléyade de «principios rectores de la política económica y social» (Capítulo III del Título I de la CE), principios que no son meramente declarativos o programáticos, de modo que su reconocimiento, respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 de la CE), si bien «sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen» (art. 53.3), constituyendo, en acertada expresión del profesor Elías Díaz el «horizonte utópico de la Constitución»⁴.

Pues bien, en este Estado Social entendido como modelo de «igualdad en la libertad» hablar de la justificación constitucional de los beneficios fiscales a favor de las personas con discapacidad es plantear, en definitiva, la legitimidad constitucional de las formas de discriminación inversa.

En este sentido, con carácter general, podemos decir, hoy ya sin ningún género de duda⁵, que la discriminación inversa encuentra su encaje y perfecto acomodo constitucional en el artículo 14 de la CE. Así se deduce de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, resultando especialmente ilustrativa la contenida en la sentencia 76/1990, de 26 de abril, al sistematizar el principio a través de los siguientes corolarios:

1.º No toda desigualdad supone una infracción del artículo 14 de la CE, sino que dicha infracción sólo la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de justificación objetiva y razonable.

2.º El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.

⁴ Como decía ZIZEK, «la verdadera utopía es la creencia de que el sistema mundial actual puede reproducirse de forma indefinida; la única forma de ser verdaderamente realistas es prever lo que, en las coordenadas de este sistema, no tiene más remedio que parecer imposible».

⁵ «Sin ningún género de duda» ma non troppo, ya que las voces que critican las formas de discriminación inversa o positiva, como la introducción de cuotas por sexo en los puestos directivos o en las listas electorales, o las que aún hoy justifican que las mujeres tienen un superior «coste laboral» que los hombres, siguen estando a la orden del día, pudiendo oír las en la calle pero también salidas de algunos dirigentes políticos (soliendo coincidir con los que se denominan neoliberales).

3.º El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con criterios de valor generalmente aceptados.

4.º Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador supone un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

A propósito de la justificación y constitucionalidad de las normas de discriminación inversa no puede ser más acertada la doctrina contenida en el Fundamento de Derecho 8.º de la STC 40/2011. de 31 de marzo, cuando, al analizar el recurso interpuesto contra la Ley 5/2005 de las CCAA, indica:

«La restricción a la libertad de los partidos políticos a la hora de componer las listas electorales que el precepto enjuiciado (art. 14 de la CE) lleva consigo, encuentra su justificación en la remoción de la desigualdad que padecen las mujeres en el ámbito de la representación política. Razón por la cual sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora se disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada».

En definitiva, la constitucionalidad de las normas de discriminación inversa viene determinada por su eventualidad o por su carácter temporalmente limitado o transitorio: mientras exista un determinado *statu quo*; ya que desaparecido o removido el obstáculo que impide la igualdad material deja de tener sentido la norma que ampara el trato «desigual», deviniendo, por consiguiente, en inconstitucional (ya que, como decía Schmitt, «que una norma sea constitucional depende, al cabo, de que sea razonable»).

Desde una perspectiva más concreta, la justificación constitucional de los beneficios fiscales a favor de las personas con discapacidad encuentra su encaje en el artículo 31.1 de la CE, en cuya virtud, «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio».

El citado precepto recoge los principios constitucionales del sistema tributario español, debiendo destacarse en este punto el principio de generalidad, que de acuerdo con la doctrina implica un mandato dirigido al legislador en el sentido de que tipifique como hecho imponible todo hecho, acto o negocio indicativo de capacidad económica.

Conforme al indicado principio, no resultan aceptables los beneficios fiscales (que en todo caso, deberán regularse mediante ley, art. 133.3 de la CE) discriminatorios.

No obstante, aquí la clave, la concesión de bonificaciones fiscales o beneficios y exenciones es perfectamente posible a favor de personas dotadas de suficiencia económica, cuando el objetivo sea el de lograr otros fines dotados de cobertura constitucional. Esta finalidad extrafiscal del tributo, reconocida en la sentencia del TC 37/1987⁶, aparece como fundamento o como título o presupuesto legitimador del trato fiscal favorable a las personas con discapacidad, a efectos de lograr su plena integración en la sociedad (art. 49 de la CE) y, con ella, un paso más hacia la igualdad real y efectiva apuntada como objetivo en el artículo 9.2 de la CE.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad pretende responder a las necesidades de las personas con discapacidad creando una suerte de medidas que repercutan, en definitiva, en su bienestar. No obstante, no se trata de una ley que persiga establecer un sistema o régimen jurídico integral de las personas con discapacidad, sino que se centra en los aspectos patrimoniales de tales personas, creando, más concretamente,

⁶ En la citada sentencia 37/87, el TC declaró la compatibilidad con el texto constitucional de la denominada Ley de Tierras Infrutilizadas de la CCAA andaluza. La citada ley recogía la imposición de un tributo que gravaba la tenencia de tierras infrutilizadas, considerando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto que ello suponía vulnerar la prohibición de doble imposición, ya que a juicio del recurrente la propiedad ya estaba gravada en el impuesto sobre el patrimonio. El TC distingue, en la sentencia, entre la «materia imponible», es decir, toda fuente de riqueza que el legislador decide gravar, y el «hecho imponible», esto es, el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, por utilizar la terminología del artículo 20 de la Ley General Tributaria; concluyendo que sobre una misma materia imponible (en el caso concreto, el derecho de propiedad) son imaginables distintos hechos imponibles (en el supuesto analizado, la tenencia de la propiedad y la infrutilización de la misma). La sentencia viene a ser la primera que justifica la utilización extrafiscal del tributo, para fines de política económica o dotados de cobertura constitucional.

nuevos mecanismos de protección patrimonial de carácter privado. Quiere decirse con ello que la Ley 41/2003 arbitra medios de los que puede disponer la propia persona con discapacidad o su familia para protegerle patrimonialmente y, con ello, lograr una mejora en sus condiciones vitales, redundando, de este modo, en su bienestar.

Como bien indica la Exposición de Motivos, la ley tiene por objeto, «la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad».

El patrimonio protegido presenta las siguientes características:

1.º Es un patrimonio de destino, cuyo fin es contribuir a la «satisfacción de las necesidades vitales» de la persona con discapacidad.

2.º Carece de personalidad jurídica.

3.º El titular del patrimonio protegido es la persona con discapacidad, entendiéndose por tal el afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y el afectado por una minusvalía física igual o superior al 65% (art. 2.1 de la Ley 41/03).

A tal efecto, ha de señalarse que el concepto de persona con discapacidad es más amplio que el de incapacitado. Así, el incapacitado se caracteriza por el hecho fundamental de no poder gobernarse por sí mismo (art. 200 del Código Civil), siendo precisamente esa no aptitud para gobernarse por sí mismo el parámetro esencial para determinar si una persona debe o no ser incapacitado; en tanto que en el concepto de personas con discapacidad que puede ser beneficiario de la figura del patrimonio protegido se incluyen casos de personas que no pueden gobernarse por sí mismas y casos de personas perfectamente capaces de regirse por sí mismo; se trata, en definitiva, del concepto de persona con discapacidad de la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 2006, que incluye tanto los supuestos de incapacidad (que requieren, de alguna manera, un complemento de capacidad por su falta de las facultades de entender y querer) como supuestos de personas dependientes que no tienen necesidad de ningún complemento de capacidad, necesitando asistencia para las actividades cotidianas⁷.

⁷ Sin embargo, la Ley 41/2003 sí utiliza el concepto incapacitado a la hora de permitir que el testador establezca una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, «siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos» (art. 808.3º del CC). Se trata, en definitiva, de una excepción a la regla general de la intangibilidad de la legítima.

En todo caso, decir que la Ley permite acreditar el grado de minusvalía a través del certificado expedido al efecto en los términos que reglamentariamente se determinen o por resolución judicial⁸.

4.º En cuanto a la constitución del patrimonio protegido la Ley admite que lo haga tanto la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido (cuando tenga capacidad de obrar) como que sean los representantes legales de la persona con discapacidad (cuando carezca de capacidad de obrar suficiente). También se prevé la constitución por el guardador de hecho de la persona con discapacidad psíquica respecto de los bienes que le hubiesen dejado sus padres o tutores por título hereditario, en los términos establecidos en el artículo 3 de la Ley 41/2003.

En estos casos el patrimonio protegido se constituye (ad solemnitatem) en documento público con el contenido previsto en el apartado tercero del precepto citado.

Por otro lado, conviene señalar que la norma permite a cualquier persona «con interés legítimo» solicitar a la persona con discapacidad que tenga capacidad de obrar o a los padres, tutores o curadores de la persona con discapacidad que no la tenga suficientemente la constitución del patrimonio protegido, aportando al propio tiempo los «bienes y derechos adecuados, suficientes para ese fin». En caso de que los representantes legales de la persona con discapacidad que no tenga capacidad de obrar suficiente se nieguen a la constitución por el tercero con interés legítimo del patrimonio protegido, podrá éste acudir al Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste al Juez la constitución del citado patrimonio protegido, lo que hará a través de la correspondiente resolución judicial.

No admite la ley, en cambio, que el patrimonio protegido se constituya contra la voluntad del beneficiario que ostente capacidad de obrar suficiente, toda vez que lo contrario atentaría al principio de la autonomía de la persona y libre desarrollo de la personalidad regulado en el artículo 10.1 de la CE como criterio hermenéutico en la aplicación de los derechos fundamentales⁹.

A tal efecto, conviene indicar que la posibilidad de constituir el patrimonio protegido contra la voluntad de los padres de la persona con discapacidad sin capacidad de

⁸ La «resolución judicial firme» será la forma normal de acreditar el grado de minusvalía en los casos de incapacitados judicialmente. Pero también será la forma de acreditar la minusvalía del discapacitado no incapacitado cuando la administración le atribuye un grado con el que no se está de acuerdo, de modo que se acude al Juez para que fije otro mayor.

⁹ En definitiva, cuando el beneficiario de la creación del patrimonio protegido tiene capacidad rige la regla general de los actos de liberalidad: que no surten efecto sin la aceptación de aquél a quien beneficia.

obrar obedece al hecho de que la incapacitación es una institución creada en aras de la protección del incapacitado. Ésta es la única forma de interpretar conforme a la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 2006, la institución de la incapacitación, como señala la Sentencia del tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril, al indicar que la institución de la incapacitación sólo es inteligible mientras parta de la consideración de dicha institución concebida como protección del incapaz, que sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, de modo que «no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada» (Fundamento de Derecho 7.º de la citada sentencia 282/2009).

En cuanto al concepto de interés legítimo usado por el artículo 3.2 de la Ley 41/2003 no cabe confundirlo con el concepto que con el mismo nombre utiliza generalmente el legislador administrativista, sino que se identifica con el de toda persona que, por la causa que sea, quiere constituir el patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad. A tal conclusión llegamos sobre la base de una interpretación de la Ley 41/2003 conforme a la convención de N. U. de 2006 (nos vale la tesis de la STS 282/2009 ya comentada).

5.º Las reglas sobre la administración del patrimonio protegido se basan en la propia naturaleza de éste como patrimonio de destino, de modo que se orientan a satisfacer las necesidades vitales del beneficiario. No obstante podemos distinguir:

- Cuando es la propia persona con discapacidad la constituyente del patrimonio protegido, se estará a las reglas de constitución. Con ello se favorece, como indica la Exposición de Motivos, «que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas con discapacidad».
- En el resto de supuestos (o sea, cuando el constituyente no sea el beneficiario), la regla antes enunciada se complementa con lo dispuesto en los artículos 271 y 272 del Código Civil respecto de la necesidad de autorización judicial, salvo que el beneficiario tenga suficiente capacidad de obrar¹⁰.

6.º En cuanto a la extinción, el patrimonio protegido se extingue por muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad o por pérdida de la condición de discapacidad.

¹⁰ En principio, no se entiende bien la excepción, ya que la ley no admite la constitución del patrimonio protegido a favor del discapacitado con capacidad de obrar contra su voluntad. Sin embargo, la excepción cobra sentido en aquellos casos en que el constituyente del patrimonio protegido es un tercero y el beneficiario es una persona discapacitada con capacidad de obrar suficiente, en cuyo caso éste ha debido, como vimos anteriormente, consentir la constitución del patrimonio.

3. LA TRIBUTACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO: ESTADO ACTUAL Y PROPUESTAS DE REFORMA

Un correcto enfoque de la cuestión de la tributación en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad exige distinguir el tratamiento de las aportaciones al citado patrimonio para la persona con discapacidad de los beneficios fiscales que genera para el aportante.

Comenzando por el tratamiento fiscal que recibe el patrimonio protegido para el beneficiario, hay que indicar que, en línea de principio, tiene la consideración de rendimiento de trabajo de la persona con discapacidad beneficiario del patrimonio las cantidades percibidas, siempre que no excedan de 10.000 euros anuales por aportante y 24.500 anuales en conjunto.

Esta regla general requiere hacer las siguientes precisiones:

1.º Que la parte de tales ingresos que constituye rendimiento de trabajo se considera exenta a los efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

2.º Que los rendimientos de trabajo se integran en la base imponible del IRPF de la persona con discapacidad titular del patrimonio protegido por el importe en que la suma de éstos y las prestaciones percibidas en forma de renta por las personas con discapacidad de los sistemas de previsión social excede del triple del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

3.º Que las aportaciones al patrimonio protegido que no tienen la consideración de rendimiento del trabajo constituyen hecho imponible por el impuesto de sucesiones y donaciones.

Por lo demás, hemos de indicar:

1.º En primer lugar, que las aportaciones al patrimonio protegido de las personas con discapacidad están exentas en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en sus tres modalidades: transmisiones patrimoniales onerosas, actos jurídicos documentados y operaciones societarias), en los términos señalados en el artículo 45.l.b) 20 del Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2.º En segundo término, que la ley permite a las CCAA introducir como exención al impuesto sobre el patrimonio los patrimonios protegidos (téngase en cuenta que estamos ante un impuesto cedido)¹¹.

¹¹ No deja de ser criticable esta habilitación del legislador estatal al autonómico para que declare la exención, en su caso, del impuesto de patrimonio respecto de los patrimonios pro-

Analizado el régimen de tributación del patrimonio protegido desde el punto de vista del beneficiario, ha de ser analizado ahora desde la perspectiva del aportante, debiendo distinguir según estemos ante un aportante persona física o jurídica.

1.º Cuando el aportante es una persona física distinta del beneficiario del patrimonio protegido, en línea de principio se deduce de la base imponible del IRPF lo aportado, hasta el límite de 10.000 euros anuales por aportante, sin que el conjunto de reducciones practicadas respecto de un mismo patrimonio protegido pueda exceder de 24.500 euros.

Para poder acogerse a la reducción es preciso que el aportante tenga con la persona con discapacidad una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado, así como el cónyuge de aquella o su tutor. No tiene, en cambio, derecho a la reducción el pariente dentro del tercer grado «por afinidad» o, al menos, así lo ha entendido la Dirección General de Tributos en la contestación dada a la consulta 2033/2004 de 29 de noviembre, quien ha interpretado el concepto «parentesco» de forma restrictiva, entendiéndolo que el mismo incluye a los consanguíneos, excluyendo los afines. A decir verdad, este criterio de aplicación restrictiva no deja de ser una consecuencia necesaria del artículo 14 de la Ley General Tributaria, precepto que veda la analogía «para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales», en la medida en que la reducción en la base por aportaciones al patrimonio protegido no dejan de ser un caso de incentivos o beneficios fiscales, desde la perspectiva del que realiza la aportación.

No deja de ser criticable, por otra parte, que el legislador haya optado por fijar una reducción en la base en lugar de haberlo hecho en la cuota, siempre más acorde al principio de progresividad. En efecto, como es sabido, toda reducción sobre la base tiene su correlato en la cuota, consistente en el importe de la reducción de la base multiplicado por el tipo marginal máximo (el que se paga por el último euro de renta), de suerte que para un aportante que tribute a un tipo del 15% una aportación de 1.000 le supone un ahorro de 150 euros en la cuota (o sea, un ahorro efectivo de 150 euros, pues es esta cifra la que deja de ingresar al fisco), en tanto que para el que tribute al 40%, el ahorro se eleva hasta los 400 euros. Sin duda no existe justificación ninguna para este trato más favorable al aportante al patrimonio protegido

tegidos, toda vez que, en cierta medida, supone, además de una dejación de sus funciones, la creación de una fuente de desigualdad, al permitir que en unas CCAA esté exento y en otras no, creando, al cabo, dentro del Estado «varias velocidades» en el proceso de consolidación de la protección de las personas con discapacidad.

cuando es «rico» que cuando es «pobre», sino que antes bien contradice la doctrina constitucional según la cual ha de buscarse la riqueza «allí donde existe» (STC 27/81).

Dada la de cal procede ahora la de arena: resulta de alabar la decisión del legislador de no considerar como ganancia patrimonial del aportante la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición con ocasión de las aportaciones al patrimonio protegido de las personas con discapacidad que se realicen en especie.

2.º Cuando el aportante es persona jurídica sujeta al impuesto sobre sociedades, las aportaciones que realicen al patrimonio protegido de las personas con discapacidad tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en el citado impuesto con el límite de 8.000 euros para cada patrimonio protegido siempre y cuando el titular del patrimonio sea empleado del aportante o mantenga una relación con el empleado del aportante de parentesco dentro del tercer grado o sea su cónyuge. El exceso podrá ser deducido dentro de los cuatro ejercicios siguientes siempre que en ninguno de ellos exceda de 8.000 euros.

La deducción en el impuesto sobre sociedades, elogiable, ha sido derogada para períodos impositivos posteriores al 1 de enero de 2011.

Esbozado a grandes líneas el sistema de tributación del patrimonio protegido, ha de concluirse que el mismo es manifiestamente mejorable. Así, sólo resulta fiscalmente ventajoso en aquellos supuestos en que el aportante persona física tenga unas rentas elevadas, el beneficiario del patrimonio no las tenga o las tenga reducidas y que la aportación no exceda de 10.000 euros (en efecto, en tales casos para el aportante generará un ahorro fiscal superior a la cuota a pagar por la aportación por parte de la persona con discapacidad). Fuera de tal supuesto, las aportaciones al patrimonio protegido no son fiscalmente rentables.

En definitiva, tal y como está configurado el patrimonio protegido no sólo no supone su utilización un incentivo fiscal, sino que, al contrario, su régimen tributario desincentiva el uso de la figura.

Para que el patrimonio protegido sea operativo es necesario articular un sistema fiscal que lo haga rentable, lo que podría lograrse configurándolo el legislador como renta exenta para la persona con discapacidad, cualquiera que fuera su cuantía, tanto en el IRPF como en sucesiones y donaciones, manteniendo, al propio tiempo, los beneficios fiscales actuales para el aportante distinto de la persona con discapacidad titular del patrimonio de destino, si bien, en lugar de aplicarlo como reducción en la base imponible del IRPF sería más justo (en el sentido de más acorde a los principios de progresividad y capacidad económica) hacerlo como deducción en la cuota.

La propuesta que planteamos es perfectamente acorde a la CE de 1978, habida cuenta de que es admisible la utilización extrafiscal del tributo (STC 37/1987).

Por lo demás, conviene indicar que de no afrontar esta reforma corremos el riesgo, más que probable, de que unas CCAA legislen sobre la materia en el sentido de declarar exentas las aportaciones al patrimonio protegido que excedan de las cuantías que en el IRPF se consideran rendimientos del trabajo de la persona con discapacidad; todo ello a través de la correspondiente exención (fijando un tipo del 0%) en el impuesto de sucesiones y donaciones; en tanto que otras CCAA no lo hagan, asistiendo, de este modo, a un modelo tributario del patrimonio protegido de las personas con discapacidad de «varias velocidades», lo que sin duda no es deseable, por afectar al principio de igualdad.

En fin, la reforma a nivel estatal es necesaria, si no queremos que al patrimonio protegido de las personas con discapacidad le pase lo que a la cabeza de madera de la fábula de Fedro, que podría ser bella, pero desgraciadamente le faltaba cerebro.

Capítulo XVI

DERECHOS UNIVERSALES, EDUCACIÓN Y DISCAPACIDAD

Ejes de acción para tiempos de crisis

Manuel López Risco

Profesor del Departamento de Psicología y Antropología de la Universidad de Extremadura
Patrono Delegado de FUTUEX en el Observatorio Estatal de la Discapacidad

A D. José Soto García-Camacho

«Porque siempre supo hacia dónde ir y nos acompañó en el camino»

1. DERECHOS UNIVERSALES, CONVENCION Y EDUCACION INCLUSIVA

Nos acercaremos a los derechos universales desde la perspectiva de ir asumiéndolos para ejercitarlos, para defenderlos y, en este sentido, partiremos de que los derechos humanos son garantías jurídicas que protegen a las personas y grupos de personas contra los actos de los gobiernos, que afectan a las libertades fundamentales y a la dignidad humana.

Entre sus características fundamentales se reconocen que son: Universales; es decir, cubren a todos los seres humanos sin excepción. Inalienables: Nadie puede renunciar o ser despojado de ellos. Intransferibles: Los derechos no pueden cederse de una a otra persona. No pueden ser suspendidos o retirados. Imponen obligaciones, particularmente a los Estados y a los agentes de los Estados. Han sido y son garantizados por la comunidad internacional. Están protegidos por la ley. Protegen a los individuos y, hasta cierto punto, a los grupos.

Entre estos derechos están los llamados de «última generación» como son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tienen, como objetivo fundamental,

garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, a la salud, a la educación y a la cultura, de tal forma que se asegure el desarrollo pleno de los seres humanos.

Entre sus propiedades, con vistas a su desarrollo, se contempla que son derechos de aplicación progresiva porque pueden exigirse al Estado su cumplimiento, en la medida de los recursos que efectivamente tenga o disponga; y/o, en su defecto, que realice los esfuerzos necesarios para generarlos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y tiene por objeto «promover, proteger y asegurar el goce pleno, y, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente».

Conviene recordar que La Convención no crea ningún derecho nuevo, sino que más bien aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes de las personas con discapacidad.

En cuanto a Derechos, Educación y Discapacidad, en la agenda de los derechos humanos está enraizado el derecho a la educación, primero en su reconocimiento de una educación para todos, que ha ido orientándose hacia una integración educativa y en las últimas décadas con una marcada identidad inclusiva.

Señalamos a título de ejemplos algunos hitos en este camino:

- Conferencia Mundial sobre estrategias de Acción para la Educación, Prevención y Rehabilitación en Torremolinos (1981).
- Convención de los Derechos del Niño (1990).
- Resolución del Consejo Europeo de 1990 relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios.
- Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales. Acceso y Calidad (UNESCO, 1994), conocida como la Declaración de Salamanca.
- **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).**

En nuestro país el referente que marca un antes y un después en esta evolución estaría en la Constitución de 1978 y en su desarrollo, que lleva en 1982 a la promulgación de la LISMI. Ley de Integración Social de los Minusválidos, que dará cobertura y desarrollo a los principios de integración y normalización.

En cuanto a Educación, la vigente Ley Orgánica de Educación (LOE), de 3 de mayo de 2006, contiene los principios de educación de calidad para todos y educación inclusiva en los primeros principios a) y b) de su Artículo 1. Principios.

«El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira en los siguientes principios:

- a) La calidad de la educación para todo el alumnado, independientemente de sus condiciones y circunstancias.*
- b) La equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa, la no discriminación, y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de la discapacidad».*

Señalamos finalmente la progresista Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

La citada adaptación y modificación, comienza en la muy reciente ley 26/2011, de 1 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que modifica 19 leyes.

Pero, volviendo a la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, es su **artículo 24**, el que configura el derecho a la educación desde la perspectiva de derechos humanos, sobre la base de la igualdad de oportunidades y la no discriminación y de acuerdo con el modelo social de la discapacidad presente en toda la Convención.

Este artículo obliga a los Estados a garantizar un sistema educativo inclusivo a todos los niveles que:

- A) Desarrolle el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima.
- B) Desarrolle la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad.

- C) Haga posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

Como obligaciones de los Estados Parte, legisla:

- 1.º Que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria, ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad (art. 24.2.a).
- 2.º Que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad, y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás personas, en la comunidad en que vivan (art. 24.2.b).
- 3.º Que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad (art. 24.5).

Asimismo, al defender que el sistema general de educación debe buscar la mayor calidad educativa para todos, propone:

- Proporcionar equipo y materiales docentes adecuados para las personas con discapacidad.
- Adoptar métodos de enseñanza y planes de estudios que abarquen las necesidades de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, y promover la aceptación de la diversidad.
- Capacitar a todos los maestros para que enseñen en un aula inclusiva y estimularlos a que se apoyen mutuamente.
- Ofrecer una amplia gama de apoyos que satisfaga las diversas necesidades de todos los alumnos, incluidos los que no tengan discapacidad, en la mayor medida posible.
- Facilitar el aprendizaje de Braille y de la lengua de señas; asegurar que la educación de las personas, y en particular de los niños y niñas ciegos, sordos o sordociegos, se imparta en el lenguaje y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona, en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social, respetando, en todo caso, la libertad de elección.
- La eficacia del sistema se vería, además, reforzada con una adecuada información, formación y apoyo a las familias y con la formación permanente del profesorado.

Ante este esperanzador articulado legislativo, se alza la experiencia, acumulada por las personas con discapacidad y su entorno, familias y asociaciones, que históricamente saben que el principal problema radica en que, entre el modelo normativo y la realidad, existe una distancia que hace que la educación inclusiva e integradora, sea todavía, más una aspiración, que una realidad consolidada; pero, por la que estamos convencidos, merece la pena trabajar.

Y merece la pena trabajar al conocer la opinión de los jóvenes con discapacidad, si tomamos como referencia la Declaración de Lisboa (2007): donde jóvenes de 29 países, alumnos de enseñanza secundaria, profesional y superior, debaten y concluyen:

- *«Vemos muchos beneficios en la inclusión: adquirimos más habilidades sociales, vivimos mayores experiencias (educativas), aprendemos a manejarnos en la vida real y podemos interactuar con todos los amigos con o sin discapacidad».*
- *«La educación inclusiva es mutuamente beneficiosa para nosotros y los demás».*

Por nuestra parte estamos convencidos, de que la inclusión educativa favorece el desarrollo, no sólo de los derechos de los alumnos con discapacidad o en desventaja, sino además, de una manera más amplia, propiciará la agilización de los cambios culturales y de valores en el sistema educativo y en la comunidad en general.

Presentamos a continuación una mirada a la actualidad de la inclusión, a sus progresos y retos de la mano de Jogen Grevé (2009), Presidente de la Agencia Europea para el Desarrollo en Necesidades Educativas Especiales, y que sintetizamos, telegráficamente:

PROGRESOS:

- Lo que es bueno para los alumnos con necesidades educativas especiales es bueno para todos los alumnos.
- Mayor presencia y continuidad de servicios en las escuelas: Los servicios de apoyo necesarios están cada vez más disponibles en el marco escolar, favoreciendo la permanencia en el centro de los alumnos que precisan apoyos.
- Hay una mayor toma de conciencia y una mayor evidencia, respecto al papel clave que juega el sistema de financiación en materia de inclusión (los modelos

de financiación más descentralizados facilitan en mayor medida la puesta en práctica de políticas integradoras).

- Clara tendencia hacia la conversión o transformación de las escuelas especiales en centros de recursos, que juegan un papel importante como servicios de apoyo.

RETOS:

- Trabajar en el aula teniendo en cuenta la diversidad sigue siendo el mayor reto al que se enfrentan los centros educativos y sus profesionales.
- Los problemas de conductas, sociales o emocionales son los que crean más dificultad en los centros educativos ordinarios de los diferentes países.
- Ligeramente aumento de alumnos en centros específicos, sin que exista una causa precisa que lo justifique.
- La enseñanza secundaria sigue siendo una asignatura pendiente.

En cuanto a avances en la normativa, este mismo mes, noviembre de 2011, se presentaba por el Gobierno de España en Alicante, la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, y de ella recogemos a continuación lo referente a Educación y Formación. <http://www.cedd.net>

«El limitado acceso a la formación, particularmente en los niveles superiores del sistema educativo, es uno de los factores que intervienen decisivamente en los procesos de exclusión social de las personas con discapacidad. Las carencias en la educación y formación, un nivel bajo de conocimientos, van a limitar decisivamente las oportunidades de progreso individual y de integración social.

El acceso a la educación general es difícil para los niños con discapacidad grave, y a veces tiene lugar en centros de educación especial. Las personas con discapacidad y, especialmente, los niños, deben integrarse adecuadamente en el sistema educativo general, con el apoyo individual necesario, en interés de los propios niños:

1. *Impulsar las medidas concretas sobre el colectivo de las personas con discapacidad, para garantizar el cumplimiento de los objetivos generales de reducción del abandono escolar, y aumento de las personas entre 30 y 34 años que han terminado la educación superior del Programa Nacional de Reformas de España 2011.*

2. *Respaldar a la UE en sus objetivos de una educación y formación inclusivas y de calidad, en el marco de la iniciativa “Juventud en movimiento”.*
3. *Impulsar la detección precoz de las necesidades educativas especiales.*
4. *Promover una educación inclusiva en todas las etapas educativas, con los medios de apoyo que sean necesarios.*
5. *Potenciar la formación continuada de todo el profesorado.*
6. *Avanzar en la inclusión de asignaturas, que coadyuven a garantizar los derechos de las personas con discapacidad.*
7. *Promover la incorporación de la perspectiva de género y discapacidad en los estudios en materia educativa».*

Para finalizar este apartado incluimos la valoración que, desde el movimiento asociativo, hace el presidente del (CERMI), Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, D. Luis Cayo Pérez Bueno, quien manifiesta que «*Los objetivos de la Estrategia Española coinciden con las preocupaciones medulares del movimiento social de la discapacidad, representado por el CERMI, pues tiene como ejes la ampliación y extensión de derechos, de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas; la inclusión; la activación; la participación y la presencia sociales de las personas con discapacidad y sus familias*».

2. EJES DE ACCIÓN PARA TIEMPOS DE CRISIS

a) Eje 1. SABER DE DÓNDE VENIMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS

Coexistencia de políticas activas y negativas.

Descubrimientos científicos y consecuencias.

Sujetos de derechos, capaces de reclamar esos derechos.

Miembros activos de la sociedad.

Si repasamos los modelos teóricos que han tratado la discapacidad, en todos ellos, según Aguado (1995): —demonológico, organicista, intrapsíquico y socioambiental—, se ponen de manifiesto, unas características que aparecen como constantes y que son: La oscilación y variación a la hora de valorar y abordar la discapacidad. La coexistencia, entre los enfoques y actitudes pasivas (magia, animismo, abandono, infanticidio, mutilación de niños y jóvenes para mendigar, segregación, marginación, institucionalización, etc.) y las activas (la prevención, la educación, el tratamiento, la rehabilitación, la integración, etc.) dentro de cada uno

de estos modelos, que aparecen en la historia, superpuestos, más que como una linealidad acumulativa.

Por otro lado, los descubrimientos científicos y sus consecuencias, nos deben poner en alerta y hacen recordar, que no siempre estas consecuencias han sido positivas, baste recordar a las teorías de «Darwinismo social», que unían la discapacidad a la herencia de determinadas lacras sociales: alcoholismo, prostitución, crímenes, etc. En esta misma línea, Goddard, Galtón, Darwin, Howe, trabajan y divulgan la teoría de la Eugenesia, cría selectiva en búsqueda de rasgos deseables que, llevada a la especie humana, proponía, por una parte, evitar la reproducción de los sujetos retrasados, popularizando la esterilización o la reclusión (segregación por sexos al menos en sus años reproductores); y por otra, fomentar la procreación de los más capacitados. Sus teorías calaron en la sociedad de su tiempo y así, las instituciones asumieron esa tarea de recluir y aislar a los retrasados mentales del resto de la sociedad. Al mismo tiempo, en los países escandinavos y en casi todos los Estados Unidos de América de 1907 a 1926 se promulgan leyes autorizando la esterilización de las personas retrasadas (Fierro, 1981; Ingalls, 1982).

Como paradoja encontramos que la Gran Depresión americana de los años 30 y las ideas sociales que siguieron a las políticas de ayuda, seguridad social y beneficencia, que alcanzaron a todos los indigentes, benefició también a los sujetos discapacitados. Pero es en la década de los 50, y con la euforia de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, cuando estos cambios de actitud empiezan a tener reflejos prácticos y positivos en la historia de la discapacidad en general y del Retraso Mental en particular, sobre todo en los Estados Unidos de América. En 1950 se crea la «National Association for Retarded Children» (NARC); con su empuje, la mayoría de los estados promulgan leyes que imponen a los distritos escolares la obligación de proporcionar educación especial y de calidad, a todos aquellos que se pudieran beneficiar de ella, disponiendo de los fondos necesarios (Ingalls, 1982).

Las connotaciones sociales del movimiento internacional en favor de la desinstitucionalización, se aprecian distintas, según los colectivos, y según los efectos producidos por ese desalojo indiscriminado de los psiquiátricos, sin haber preparado antes las alternativas de asistencia, atención y tratamiento de estas personas. Este fenómeno desencadenó un conjunto de conflictos y reacciones negativas, sobre todo en lo referido a las personas con enfermedad mental. En 1984, la Asociación Americana de Psiquiatría publicó un informe de la situación calificándola como «una gran tragedia social». Según Verdugo (1993). «El pretendido carácter progresista de la desinstitucionalización se tradujo en una lesión de los derechos a la atención y tratamiento adecuado de muchos enfermos mentales».

En la aplicación práctica de los principios de normalización al ámbito educativo, Dinamarca, Noruega y Suecia pueden considerarse como los pioneros, a niveles institucionales. Son países con desarrollados sistemas de atención asistencial, social y educativa, y la suficiencia de recursos materiales y humanos en los centros ordinarios, los que favorecieron el desarrollo de la integración escolar. En 1959 se incorporó el principio de Normalización a la legislación danesa. Neils E. Bank Mikkelsen (director de los Servicios para Deficientes Mentales en Dinamarca), lo definió como «la posibilidad de que el deficiente desarrolle un tipo de vida tan normal como sea posible». De histórica es considerada la aprobación por el Parlamento Sueco en 1968 de la Ley de Normalización. Bengt Nirje (Director de la Asociación Sueca pro Niños Deficientes) entiende la Normalización como «La incorporación, en la vida diaria del subnormal, de unas pautas y condiciones lo más parecidas posible, a las consideradas como habituales de la sociedad».

En los Estados Unidos de América se aprueba en 1975 la Ley de Educación para Todos los Niños Incapacitados, que suponía el desarrollo de programas ventajosos para los deficientes: seguridad social, rehabilitación laboral, etc.; pero también significó la lucha de los padres y asociaciones por sus derechos en los tribunales de justicia. De gran importancia y repercusión fue el juicio que un grupo de padres entabló en defensa de 13 niños retrasados mentales que habían sido «excluidos» de la educación estatal, «*Pennsylvania Association of Retarded Children versus Commonwealth of Pennsylvania*». El tribunal dictaminó entre otros aspectos, «Que todos los niños, inclusive los más severamente retrasados, tenían derecho a una educación pública gratuita, y dio órdenes al Estado de que identificara y se pusiera en contacto con todos los niños que habían sido excluidos anteriormente y que los integrara a partir del siguiente año escolar». «Que a cada niño se le colocara en el programa que mejor respondiera a sus necesidades». «A ningún niño se le podía colocar en ninguna clase especial o retirarlo de una clase especial para colocarlo en una clase regular sin el consentimiento expreso de los padres del niño» (Ingalls, 1982).

A partir de los años sesenta las futuras acciones en el ámbito de la discapacidad física, seguirán los principios y tendencias imperantes en las ciencias de la salud, concretamente los enfoques comunitarios y los bio-psico-sociales. Surgen nuevas orientaciones y estrategias en la concepción y tratamiento de la discapacidad física. En estos autores y dentro del movimiento de rehabilitación basado en la comunidad, de forma paralela al desarrollo de este enfoque comunitario, iniciado a principios de los sesenta, también surge, en el ámbito internacional, el movimiento para la vida independiente, «*Independent Living*», que recoge las estrategias hacia la inserción en la comunidad de la persona con discapacidad y su lucha contra todo tipo de barreras físicas y sociales.

Sobre vida independiente, Luis Cayo Pérez, como representante del CERMI, en 2007, publica en la revista digital *Crítica*, un artículo sobre «La realidad de las personas con discapacidad en España», en el que manifiesta: «*Todas las políticas que desarrolle el Gobierno irán dirigidas a favorecer la vida autónoma de las personas con discapacidad, en la que las decisiones recaigan sobre la propia persona. Hay que reorientar las políticas, los sistemas y las prácticas que generan dependencia entre las personas con discapacidad.*».

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea. En 2002, bajo la presidencia española, la Unión Europea decidió tres criterios que debían regir las políticas de los Estados miembros: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten.

El año 2003 fue declarado por la Unión Europea año Europeo de las personas con Discapacidad, y en España, las entidades representativas del Sector aglutinadas en torno al CERMI (Comité Español de Representantes de Discapitados), proponía alcanzar un Pacto de Estado, que orientara las políticas públicas sobre las personas con discapacidad para la próxima década (2004-2014), situando la discapacidad en la esfera de los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la no discriminación y a la personas con discapacidad, como titular de derechos sociales con las notas de universalidad, exigibilidad y equidad.

Y como hemos indicado, actualmente está en vigor la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En definitiva, la historia de la humanidad contiene la historia de la discapacidad, y nuestra historia más reciente es una lucha, abanderada por el movimiento asociativo por pasar de la caridad a los derechos, del déficit a las capacidades, de la segregación a la inclusión, de la dependencia a la vida independiente, de la discriminación a la igualdad de trato y oportunidades. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad supone una victoria para la humanidad, que viene a reforzar esos ideales, convencidos de que una sociedad inclusiva y plural es una sociedad más justa y solidaria (López Risco, 2009).

**b) Eje 2. MEJORAR EL SISTEMA EDUCATIVO EN GENERAL:
Asumiendo y defendiendo modelos de inclusión educativa acordes
con la Convención**

Conseguir un sistema educativo más eficiente, sin renunciar a la equidad.

Desarrollo de habilidades cognitivas y no cognitivas.

La atención a la diversidad es enriquecedora para todos los alumnos.

Plan de Transición a la Convención.

Si tomamos como indicadores, tanto las tasas de fracaso y abandono escolar prematuro, como los datos del informe PISA (Programme for International Student Assessment), veremos que partimos de una situación no satisfactoria de nuestro país, en comparación con la Unión Europea. Además esta situación no se corresponde con el esfuerzo inversor realizado en gasto por estudiante (en la media de la OCDE), y en porcentaje de gasto total en relación con el PIB (acorde con nuestro nivel de desarrollo).

A efectos estadísticos europeos se entiende por fracaso escolar el porcentaje de alumnos/as que no obtiene el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, al terminar estos estudios. En España, la Tasa de Fracaso Escolar se sitúa aproximadamente en un 30%, y bastante por debajo de la mayoría de los países europeos.

Mientras, el abandono escolar prematuro se calcula a nivel europeo, como el porcentaje de jóvenes entre los 18 y 24 años, que han finalizado sus estudios de Enseñanza Obligatoria, pero ni están matriculados ni han alcanzado estudios post-obligatorio.

De la importancia de reducir estas cifras negativas nos dice la preocupación de todos los países europeos que ya, en la estrategia de Lisboa (Consejo Europeo de Lisboa del 2000), se fijó como objetivo para el 2010 que los países de la UE alcanzasen un abandono escolar prematuro del 10% (la media europea en 2009 se situaba en el 15%, y la española en torno al 30%). Por ello, y ante la imposibilidad de lograrlo, ha acabado aplazándose la consecución de este objetivo (10%) hasta 2020.

Los datos del informe PISA (Programme for International Student Assessment), tampoco son alentadores, en cuanto al rendimiento académico medido, en diversas pruebas de Lectura, Matemática, y Ciencias (Habilidades cognitivas y académicas).

Nos encontramos, pues, en niveles inferiores a la media de la OCDE y superada por la mayoría de los países de la UE. En resumen; la proporción de alumnos con

mejores resultados (niveles 5 y 6) es muy baja; en los niveles más bajos (por debajo de 2) es similar a la media de la OCDE (se suele identificar con alumnos de mayor riesgo de fracaso escolar). Por tanto, si nos fijamos que en 2009 por debajo de este nivel 2 los resultados fueron: LECTURA 19,5% (Media Europea 19,7%); MATEMÁTICAS 23,7% (Media Europea 24,8); y CIENCIAS 18,2 (Media Europea 20%); y si reflexionamos sobre las mínimas diferencias en las que nos movemos, las posibilidades de formación de nuestros jóvenes en desventaja con medidas de calidad específicas, podríamos al mismo tiempo que se forman y enriquecen estos estudiantes, incrementar considerablemente el éxito escolar en cuanto al desarrollo de habilidades cognitivas.

Pero también es importante hacer referencias a las habilidades no cognitivas y que tienen que ver, entre otros aspectos, con la inteligencia emocional (valores, afectos, sociabilidad) que contribuyen al desarrollo personal y social del estudiante.

Desde esta perspectiva Heckman, premio nobel de Economía, y además con tradición en trabajo interdisciplinar con psicólogos, neurólogos, llama la atención sobre las habilidades no cognitivas demostrando, con evidencia experimental, como éstas son tan importantes e incluso superiores a las habilidades cognitivas, en sus efectos sobre los salarios y la productividad de la economía. Citado por Pedraja Chaparro, F. (2011).

Actualmente está en vigor la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece como fin de la educación, la construcción de la personalidad del individuo. Consecuentemente con este fin, entendemos que sólo bajo el principio de inclusión, se garantiza el desarrollo de todos, a la vez que se favorece la equidad y se consigue una mayor cohesión social

Esta ley, en su título II sobre la Equidad en la Educación, se refiere al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, como aquel que requiere una atención educativa diferente a la ordinaria, por factores personales o sociales, relacionados con situaciones de desventaja sociocultural, de altas capacidades o de discapacidad física, psíquica, sensorial o ligada a trastornos graves de la conducta.

Como ya se ha indicado, es imprescindible establecer un *Plan de Transición a la Convención*, que aborde la adopción de una legislación consecuente con la Convención y el modelo social de la discapacidad, y la fusión del sistema de educación ordinario y el sistema de educación especial.

Pedraja Chaparro, F. (2011), nos plantea que, invertir en educación es muy rentable, pero sus beneficios se producen a un plazo mucho más largo del marcado por el ciclo político-electoral; y nos ofrece los siguientes datos tomados de (Calero, Gil

y Fernández, 2011, en prensa). Se calcula que el efecto de eliminar el abandono escolar prematuro al cabo de 20 años, supondría un beneficio monetario estimado entre un 4% y un 25% del PIB actual español, y unos beneficios no monetarios correspondiente a mejora en el estado de salud (los más importantes dentro de esa categoría) entre un 15% y un 60% de los monetarios.

Además, estudiar sigue siendo una inversión rentable para todos los niveles, en términos de mayor salario, mayor tiempo en el empleo y por tanto, menor tasa de desempleo.

La reducción del abandono escolar prematuro constituye uno de los grandes desafíos para las autoridades europeas en los próximos años (Consejo Europeo 2009). Para ello:

- Los Estados deben destinar el máximo de los recursos financieros disponibles, para garantizar, de manera sostenible y sostenida, la educación inclusiva.
- La transparencia en el uso de los recursos de los que dispone el Estado para la educación inclusiva, es fundamental y una obligación ineludible del Estado.

Para este autor, superar los problemas del sistema educativo español, hacerlo más eficiente, sin renunciar a la equidad es uno de los principales retos que tiene la economía española en los próximos años. La eficiencia se traduciría en beneficios sociales para los individuos, que van más allá de su educación, y lleva a la mejora la productividad y el crecimiento de la economía. En cuanto a la equidad al favorecer la igualdad de oportunidades, se consigue el incremento de la movilidad social, fruto de la financiación pública de la educación. Sin olvidar, que los efectos de la educación en las sociedades, se traduce en calidad democrática, elevación de los niveles generales de salud, disminución de la actividad delictiva...

En definitiva, asumir y defender modelos de inclusión educativa acordes con la «Convención», además de ser un derecho, exigible ante los tribunales de justicia, puede ser rentable al sistema educativo en general:

(1) Los datos económicos ofrecidos en este apartado están tomados de la lección inaugural del curso académico, 20011/12, «Economía y resultados escolares: ¿Tanto nos jugamos? Impartida por el Dr. Francisco Pedraja Chaparro, catedrático de Economía aplicada de la Universidad de Extremadura.

c) Eje 3. ASUMIR RESPONSABILIDADES Y PARTICIPACIÓN

Asumir derechos para ejercitarlos.

Nada para las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad.

Identificar buenas prácticas y divulgarlas.

Abrir la participación a toda la sociedad civil.

Ante esta situación, en las asociaciones de personas con discapacidad, tenemos mucho trabajo que hacer; al principio, en campos muy concretos, como la publicidad, mentalización y formación, sabiendo que estamos sembrando para recoger, después, asumiendo esos derechos desde el compromiso, reclamando la dotación de medios para su desarrollo, y posteriormente, ejercitándolos, haciéndolos cumplir, vigilando su correcto funcionamiento y denunciando, llegado el caso, su incumplimiento.

En este proceso estamos implicados todos, desde el mismo día de entrada en vigor de la «Convención», responsabilizándonos en nuestros respectivos países del impulso y la tutorización de las distintas fases del proceso, porque, una empresa de esta magnitud, sólo puede salir adelante con el empuje solidario de todos. Es tarea común, administraciones estatales, autonómicas y locales, entidades y asociaciones, no sólo del sector de la discapacidad, sino también de los distintos representantes del tejido social, sindicatos, empresarios, universidades, distintas ONGs del sector, etc. En definitiva, con el esfuerzo y la complicidad de una sociedad viva, positiva y solidaria.

Recogemos a continuación algunos objetivos tendentes a:

- Propiciar la participación de las organizaciones de la sociedad civil, de la comunidad, de los maestros en las investigaciones dirigidas a identificar las barreras existentes para la educación inclusiva, identificar las mejores prácticas y divulgarlas.
- El Estado debe asegurar, amplios espacios para la participación de las personas con discapacidad y sus familias, en la discusión de las políticas públicas a la adaptación de la legislación estatal a la convención.
- La legislación estatal y autonómica ha de revisarse con celeridad, para que exista una completa acomodación entre la visión de la educación inclusiva de la Convención y nuestro sistema educativo (CERMI).
- Informar y formar a los padres de los niños con discapacidad, para que conozcan sus derechos y sepan cómo ejercitarlos.

El conjunto de medidas educativas que darían respuesta a estas diferencias, se conoce como «atención a la diversidad». Esta diversidad es conceptualizada, por

tanto, como enriquecedora para todos los alumnos/as ya que no sólo se dirige a los alumnos/as «diferentes», sino que garantiza el ofrecimiento de igualdad de oportunidades a todo el alumnado.

Recordemos algunas de las implicaciones que tiene la inclusión educativa tendentes a la necesidad de comprometerse con ellas:

- La inclusión supone que, alumnos diferentes, se eduquen en las mismas aulas ordinarias.
- En un sistema inclusivo, basado en la calidad de la atención educativa, no pueden existir dos modalidades de escolarización separadas.
- Los centros de educación especial contienen los recursos más idóneos, tanto personales como materiales, para lograr una atención educativa adecuada al alumnado con necesidades más extensas de apoyo. Dirigir las estructuras de educación no normalizada, aún existentes en nuestro país, hacia su plena convergencia con el modelo de educación inclusiva, convirtiéndose en recursos y apoyos para el éxito de las enseñanzas en entornos ordinarios.
- Estos recursos deben estar a disposición de alumnos que los precisen, mientras ellos acuden al centro ordinario que les corresponda en condiciones de igualdad con el resto del alumnado.
- Garantizar el principio de acceso normalizado del alumnado con discapacidad, a los recursos educativos ordinarios, sin discriminación o segregación de ningún tipo por esta circunstancia, proporcionando los apoyos necesarios para que la inclusión educativa en un entorno educativo abierto sea siempre una realidad. De igual modo, es preciso asegurar la libre elección del proceso educativo, por parte del alumno con discapacidad o de sus representantes legales, respetando sus preferencias, para lo cual se llevarán a cabo los ajustes razonables que sean precisos.

d) Eje 4. COMPROMISO CON UNA FORMACIÓN-CAPACITACIÓN DE CALIDAD

Formación inicial y continua de calidad.

La atención a la diversidad vertebrando los proyectos educativos.

Nuevas tecnologías con accesibilidad universal y diseño para todos.

Apoyos y recursos adecuados y suficientes.

Este eje ha sido siempre considerado prioritario por el movimiento asociativo y así se pronunciaba el CERMI (2010): Promover, tanto en la formación inicial, como en

la formación permanente del profesorado y de los profesionales responsables de la orientación educativa, una adecuada cualificación y actualización competencial que acomode su intervención a las necesidades educativas del alumnado con discapacidad, a la evolución de éstas al progreso médico, científico, tecnológico y social que, día a día, introduce mejoras en su situación personal y educativa.

Entre los objetivos a desarrollar, estarían los siguientes:

- Informar y formar a la Comunidad educativa, para que se adopten modelos de calidad de vida y de planificación centrada en la persona.
- Asegurar que los proyectos educativos de los centros, incorporen planes de atención a la diversidad, que tengan su reflejo entre los indicadores de calidad de los mismos, así como en la aplicación del principio de equidad.
- Adecuar las nuevas tecnologías a los principios de accesibilidad universal y diseño para todos, con objeto de que los estudiantes con discapacidad encuentren en ellas una oportunidad y no una barrera, en el acceso a la información, a la comunicación y al conocimiento.
- Motivar a las personas con discapacidad a formarse en el ámbito educativo, si coinciden con sus deseos e intereses, y acompañarles en su formación como psicopedagogos, orientadores, maestros...
- Capacitar a los administradores de la educación y al personal de apoyo, sobre las mejores prácticas a las necesidades individuales de los estudiantes, antes y durante el servicio.
- Dotar de competencias a los educadores especializados, para que sirvan de recursos adicionales a los maestros tutores, promoviendo la utilización de técnicas sobre la instrucción diferenciada y el aprendizaje cooperativo.
- Incorporar los principios de no discriminación, accesibilidad universal y diseño para todos, en los procesos de enseñanza-aprendizaje y en los de evaluación, en la aplicación de los materiales didácticos y las nuevas tecnologías, así como en los contenidos de formación del profesorado. CERMI; marzo, 2010. www.cermi.es
- Concienciar a las autoridades educativas (Inspectores, Asesores, Directores, Jefes de Estudios...), Orientadores y maestros, sobre la importancia de la inclusión educativa.
- Promover la coordinación del profesorado que imparte los diferentes niveles y la adecuada orientación psicopedagógica, con objeto de posibilitar el tránsito del alumnado con discapacidad, entre las distintas etapas educativas, para su posterior capacitación profesional e inserción en el mundo laboral.

- Realizar la detección precoz de las necesidades específicas de apoyo educativo, en particular aquellas asociadas a la discapacidad, que permita iniciar cuanto antes, una atención integral al alumno/a, regida por los principios de inclusión, igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y diseño para todos. CERMI; marzo, 2010. www.cermi.es
- Asegurar que el Plan de Becas y Ayudas al estudio esté al alcance de todos los estudiantes con discapacidad, con independencia del grado y tipo de la misma. CERMI; marzo, 2010. www.cermi.es

e) Eje 5. CONTROL Y SEGUIMIENTO

Instaurar la cultura del seguimiento continuo.

Seguimiento y evaluación de la gestión pública participativa y participada.

Garantías estatales para reclamar derechos y solicitar reparaciones.

Potenciación de herramientas necesarias como los Observatorios.

Partimos de la convicción de que habrá que esforzarse en trabajar la cultura del seguimiento continuo para evaluar su incidencia en el bienestar de las personas con discapacidad y en la mejora de su entorno, con indicadores de calidad, que nos hablen de generalizar ese beneficio al resto de la sociedad, mayores, niños, población marginada, para que las grandes declaraciones lleven incluidas los mecanismos para su aplicabilidad, sean vinculantes y permeables a las actuaciones concretas, sin grandes dilaciones.

Recogemos a continuación algunos objetivos tendentes a:

- El Estado debe garantizar a las persona, el acceso a procedimientos judiciales efectivos, para reclamar sus derechos y solicitar reparaciones, así como potenciar la intervención de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.
- El establecimiento de mecanismos de seguimiento y evaluación de la gestión pública en la que participen organizaciones de la sociedad civil, familiares de las personas con discapacidad, incluyendo las personas con discapacidad.
- Estos mecanismos facilitan el conocimiento sobre el impacto real de las políticas emprendida por el Estado en materia de educación, y permiten corregir y adecuar procesos, así como la adopción de medidas innovadoras y creativas encaminadas al logro de una educación inclusiva.

Nos detendremos a describir una de estos mecanismos como es **El Observatorio Estatal de la Discapacidad**, ya que no es sólo una eficaz herramienta de

futuro, en el tema educativo, sino en todos los derechos universales que sanciona la Convención.

Reseñamos a continuación su ubicación legal:

Artículo 1. Modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Doce. Se añade una disposición adicional sexta con la siguiente redacción: «Disposición Adicional Sexta. Observatorio Estatal de la Discapacidad».

1. Se considera al Observatorio Estatal de la Discapacidad como un instrumento técnico de la Administración General del Estado que, a través de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, se encarga de la recopilación, sistematización, actualización, generación de información y difusión relacionada con el ámbito de la discapacidad.

2. Con carácter anual, el Observatorio Estatal de la Discapacidad confeccionará un informe amplio e integral sobre la situación y evolución de la discapacidad en España, que se elevará al Consejo Nacional de la Discapacidad, para conocimiento y debate.

3. El Observatorio Estatal de la Discapacidad se configura asimismo como instrumento de promoción y orientación de las políticas públicas de conformidad con la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

4. El cumplimiento de las funciones dirigidas al desarrollo de los objetivos generales del Observatorio Estatal de la Discapacidad no supondrá incremento del gasto público».

Recordaremos que el Observatorio Estatal de la Discapacidad está promovido por las entidades, que suscribieron su convenio fundacional, en una síntesis entre administraciones públicas, universidad y organizaciones de la sociedad civil representativas de personas y familiares de las personas con discapacidad. Estas entidades son: Ministerio de Sanidad y Política Social; Real Patronato sobre Discapacidad; Comunidad Autónoma de Extremadura; Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI); Universidad de Extremadura y la Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad (FUTUEX).

La dirección del Observatorio corresponde al Real Patronato sobre Discapacidad, y la gestión técnica del mismo a FUTUEX. El Observatorio Estatal de la Discapacidad tiene su sede en Olivenza (Badajoz).

Los objetivos del Observatorio se pueden agrupar en tres grandes líneas:

1. Generación de conocimiento sobre discapacidad, que incluye:
 - Conocer, analizar y difundir información sobre la situación de las personas con discapacidad y sus familias, sus necesidades y demandas y las tendencias de futuro.
 - Detectar fenómenos o aspectos emergentes, en relación con la discapacidad y realizar estudios e investigaciones prospectivas.
 - Fomentar el conocimiento y el intercambio de información relacionada con la discapacidad, y realizar jornadas de formación, sensibilización y divulgación en esta materia.
2. Promoción de derechos:
 - Promover y sensibilizar sobre los derechos de las personas con discapacidad y fomentar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.
 - Analizar las situaciones de riesgo o exclusión social, la calidad de vida y cualesquiera otras cuestiones que afecten a los derechos e intereses de las personas con discapacidad.
3. Seguimiento y análisis de políticas públicas:
 - Analizar el impacto de las políticas sociales para las personas con discapacidad.
 - Establecer cuadros comparativos de las políticas públicas autonómicas de discapacidad, entre sí, y de la política española con las de los demás países de la Unión Europea.
 - Detectar, recopilar y difundir buenas prácticas e iniciativas recomendables en el ámbito de las políticas públicas y privadas de discapacidad.

A título de ejemplo, de entre los productos del Observatorio, reseñamos el «Informe Olivenza». Una publicación bienal que traza una amplia panorámica sobre la situación y evolución de la discapacidad en España. La primera edición del «Informe Olivenza» se publicó en diciembre de 2010.

Se estructura en cuatro capítulos monográficos dedicados a:

- La cuantificación y el perfil sociodemográfico de las personas con discapacidad.
- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España.

- El empleo de las personas con discapacidad, y
- El desarrollo y aplicación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Incluye además una crónica informativa del periodo 2008-2010 y una selección de indicadores sobre la situación de las personas con discapacidad en España.

El modelo de trabajo del observatorio se basa en:

- Trabajo en red con las Administraciones Públicas, la Universidad, las organizaciones del sector de la discapacidad y las diferentes iniciativas, centros de investigación y servicios de información existentes.
- Empleo intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación.
- Planificación centrada en las necesidades del sector.
- Priorización de la calidad de las acciones frente a la cantidad de las mismas.

El observatorio pertenece la Red Española de Información y Documentación sobre Discapacidad. **Red(i)d**, de muy reciente creación y que la componen:

- El Centro Español de Documentación sobre Discapacidad (CEDD) <http://www.cedd.net>
- El Observatorio Estatal de la Discapacidad. www.observatoriodeladiscapacidad.es
- El Servicio de Información sobre Discapacidad (SID) sid.usal.es

BIBLIOGRAFÍA Y AGRADECIMIENTOS

No es usual hacer coincidir las referencias bibliográficas con los agradecimientos, pero en esta ocasión tiene su justificación, ya que todos ellos han aportado, no sólo la sabiduría que pueda tener este texto, sino también el esfuerzo y el compromiso con las defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

AGUADO DÍAZ, A. L.: *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela Libre. Editorial, Fundación ONCE, 1995.

CENTRO ESPAÑOL DE DOCUMENTACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD (CEDD) <http://www.cedd.net>

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI). www.cermi.es

- CONDIÑO SOPA, José, Secretario General Técnico de FUTUEX y Gerente del Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- FIERRO, A.: «La integración educativa de escolares diferentes», en *La integración del niño disminuido en la escuela ordinaria*. 4.ª Jornadas de Educación Especial de Escuelas Universitarias del Profesorado de E.G.B. CEPE. Madrid. 1985.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: *Estrategia española sobre discapacidad, 2011-2020*. <http://www.cedd.net>
- INGALLS, R. P.: «Retraso mental: la nueva perspectiva», en *El manual moderno*. México, 1982.
- INSTITUTO INTERAMERICANO SOBRE DISCAPACIDAD Y DESARROLLO INCLUSIVO: *Guía básica para comprender y utilizar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2007.
- JIMÉNEZ LARA, Antonio, Coordinador de programas del Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- JOGEN GREVÉ. Presidente de la Agencia Europea para el Desarrollo en Necesidades Educativas Especiales, 2009.
- LÓPEZ RISCO, M.: «Prólogo Cuaderno de trabajo, número 3 (Portugal)». *Colección Capacidad Jurídica y Discapacidad*, 2009.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD. www.observatoriodeladiscapacidad.es
- PEDRAJA CHAPARRO, F., Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Extremadura. Universidad de Extremadura. Lección inaugural del curso académico, 20011/12, *Economía y resultados escolares: ¿Tanto nos jugamos?*, 2011.
- PÉREZ BUENO, L. C., Presidente del CERMI: *La realidad de las personas con discapacidad en España*. <http://www.cedd.net>. critica@revista-critica.com. junio de 2007, número 946, 2011.
- SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD (SID) sid.usal.es
- SOTO RUIZ, José Javier, Primer Presidente de FUTUEX. Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad, y Vicepresidente de la Fundación Derecho y Discapacidad.
- VALVERDE LUENGO, Francisco de Jesús, Presidente de FUTUEX. Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad.
- VERDUGO, M. A.: *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*. Siglo XXI, Madrid, 1993.
- VILLA QUINTANA, Carmen Rosa, Representante Regional para América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Panamá, 2008.

Capítulo XVII

LA DISCAPACIDAD Y SUS RELACIONES CON EL CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS

Ignacio Ferrer Cazorla

Notario

1. RECONOCIMIENTO

Conocí a Pepe Soto el día de la toma de posesión de mi primera notaría, la de Albuquerque.

Soy natural de Murcia, mi tierra, de la que no salí más que esporádicamente hasta la toma de posesión de la notaría de Albuquerque, una vez ganadas las oposiciones en la bella ciudad de Sevilla en el año 1986. Oposiciones de las que ahora se han cumplido 25 años.

Esa mañana de la toma de posesión conocí a Pepe Soto, era el Decano del Ilustre Colegio Notarial de Cáceres, hoy de Extremadura.

Llegó tarde porque en aquel lejano 1986/87, España se encontraba convulsa, había problemas sociales de toda índole, económicos, de seguridad, entre otros, en concreto a lo que ahora nos atañe, nos encontramos con movilizaciones reivindicativas del campo, en aquella época, los agricultores y ganaderos sacaban sus tractores a la carretera, también llamadas tractoradas.

En aquel año, Don José Soto García-Camacho era notario de la ciudad de Badajoz, ostentaba el cargo de Decano y con la junta directiva que con él formaban Rafael Soriano Montalvo, censor 1.º; Antonio Rosado Quirós, censor 2.º; Pablo Blanco Bueno, tesorero, y Valero Soler Marzo, secretario, iban a darnos la posesión de nuestra primera notaría a los siete notarios de la promoción que nos había correspondido por concurso plaza en el Colegio Notarial de Cáceres, que correspondía en aquella época y actualmente también, al territorio de la comunidad autónoma de Extremadura,

tomaba el nombre de la Audiencia Territorial de Cáceres, que también tomaba el nombre de la ciudad en la que radicaba, que era y sigue siendo la Capital del Colegio. Posteriormente por su adaptación a la nomenclatura del Estado de las autonomías paso a llamarse Colegio Notarial de Extremadura.

Aquella mañana Pepe Soto y su mujer Cristina, llegaron con una hora de retraso al Palacio del número 8 de la calle Muñoz Chaves de Cáceres, sede del colegio notarial, por un corte de carretera a la altura de «La Puebla de Obando», en la carretera de Cáceres a Badajoz.

Cuando conocí personalmente a Pepe Soto, la fluidez en la comunicación surgió de inmediato, era como todos conocéis, cercano, buen conversador, de formas exquisitas, y sobre todo entrañable.

Con el transcurso del tiempo fuimos profundizando, en un conocimiento y amistad personal que nos llevó, a pesar de nuestras discrepancias, a entendernos y confiar mutuamente en todos los ámbitos: profesional, doctrinal y personal.

Como jurista, todos somos conocedores de sus obras, entre las que destacan, las referidas al fuero del Baylío, de la que fue coautor del borrador de compilación que se elaboró en aquellos años y que nunca llegó a convertirse en texto legal, por causas que aún hoy ignoro.

Compartí ponencias, conferencias, intervenciones en congresos y otras actividades con Pepe Soto. Algunas antropológicas, otras jurídicas, otras de asuntos sociopolíticos, en las que disfrutábamos mucho, especialmente cuando nos tocaba debatir sobre el Fuero del Baylío, sobre nuestra visión, a cerca de si debía o no trasladarse a cuerpo legal, si se hacía la compilación como debería ser ésta. Si se compilaba la costumbre existente acorde con la jurisprudencia del T.S. y de la D.G.R.N. o debía profundizarse más y adaptarlo a las necesidades actuales. Si debía o no extenderse a toda Extremadura. Si se debía convertir en un Derecho Civil propio y ampliable, o dejarlo como está sin actualizar.

Estando yo en la Junta Directiva del colegio notarial, se le concedió la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, por su dedicación al notariado, su dedicación al servicio público, su profesionalidad, su lucha por los derechos de las personas con discapacidad y sus innumerables aportaciones a la doctrina jurídica y en particular sobre el «FUERO DEL BAYLÍO» del que como buen extremeño era un enamorado.

Unos meses antes de morir, la asociación patronal extremeña de notarios, que me honro en presidir, hizo una donación al colegio notarial de Extremadura, de los

retratos de los últimos siete decanos, obras todas ellas del reconocido pintor cacerfeño, Federico de Villena.

Con motivo de la entrega de los Cuadros al colegio notarial, la asociación organizó un sencillo acto de homenaje a estos últimos siete decanos que estuvo presidido por el actual decano del colegio de Extremadura José Guillermo Peña Peña.

En representación de los decanos-exdecanos, contestó a mis palabras, Pepe Soto, brillante como siempre, lúcido, certero y cercano. En el cóctel posterior, tuve una entrañable conversación con Pepe y Cristina, en la que como siempre que coincidíamos en un Congreso, jornadas, seminarios, les decía: ¡A que os ha gustado!, y Cristina siempre me contestaba: ¡me gusta, es lo nuestro!... Cuando terminamos la conversación, Pepe me dijo: Ignacio, eres un sentimental, le contesté: somos unos sentimentales.

2. DISCAPACIDAD DEBIDA AL CONSUMO DE DROGAS O ALCOHOL

Cuando me llamó José Javier Soto para pedirme mi colaboración en el libro de homenaje a su padre, accedí encantado. Mi primera duda fue decidir hacia qué campo o estado de la discapacidad debería orientar mi intervención.

Durante varios días estuve pensando el tema sobre el que escribir estas notas. Siempre me ha preocupado, la duda sobre la plenitud de la capacidad, no ya para el otorgamiento de documentos notariales, sino para desenvolverse la persona en la vida cotidiana, cuando está mermada en su plenitud de facultades mentales por determinadas enfermedades como la depresión, o la disminución de su capacidad mental como consecuencia del consumo de determinadas sustancias: Alcohol o drogas. Tanto esporádica como habitualmente. Abuso o dependencia.

En un viaje a Sevilla en compañía de mi mujer, fuimos con varios amigos a un bar llamado «La espiga», que regenta Pepín, donde se canta, se baila, se bebe y se disfruta, especialmente de la guitarra que toca primorosamente Pepín.

Mientras observaba a mi grupo y escuchaba cantar a todo el que quería y sabía hacerlo bien, empecé a pensar en las personas que pueden sufrir trastornos mentales como consecuencia del consumo de alcohol o drogas, ya sea con dependencia o no, de ellas. Sus comportamientos y su encuadre en el mundo de la discapacidad, si realmente se les debe incluir por sus limitaciones. De estos últimos había varios aquella noche. Personajes habituales del mundo de la noche.

Porque cuando hablamos de incapacidad todos, creemos saber a lo que nos estamos refiriendo. Aspectos médicos, psiquiátricos, trastornos que merman la capacidad

de obrar, que pueden llevar o no, a la declaración judicial de incapacidad después del correspondiente proceso.

Pero aquellas personas que durante años se entregan, por razones normalmente psicológicas al consumo esporádico o continuo del alcohol o de las drogas, o de ambas. Están realmente en condiciones de tomar decisiones que afectan a su estabilidad económica patrimonial. ¿Se les debería limitar la capacidad de obrar en su propio beneficio? ¿Cómo se debería graduar esa limitación si se estimase que sí? ¿Quién debería completar esa limitación? En definitiva se trata de la protección del patrimonio familiar, no solo en sentido amplio de la familia, sino para atender a sus necesidades futuras en el caso probable de que viva muchos años.

Todos conocemos en particular los juristas, numerosos casos de personas que han quedado en la más absoluta ruina, por no tener la suficiente lucidez, desde el punto de vista general, para realizar determinadas operaciones económicas.

Nos cuentan generalmente los familiares o amigos cercanos normalmente bien intencionados, que una persona por su dependencia del alcohol o de las drogas, o del alcohol y de las drogas, ha quedado en la indigencia, que ha arruinado a su familia, que personas sin escrúpulo se han apoderado de ellas, que las han manipulado, que se han enriquecido a su costa, torciendo y debilitando su voluntad, con la obcecación que se produce en el estado etílico, o de la drogodependencia.

¿Cómo se puede luchar contra ese lacra, como se les puede proteger contra ellos mismos, contra sus actuaciones y frente a aquellas personas especialistas en la manipulación de mentes más débiles?

Protección contra ellos mismos, porque la causa principal, de estas lamentables situaciones radica, en su carácter voluble, en no sopesar las situaciones, tomar decisiones importantes en estado de dudosa lucidez o con ninguna, posteriormente no son capaces de dar marcha atrás en estado de sobriedad, por haber caído en la tentación de entablar relaciones con círculos marginales, en los que la honradez, la moralidad, el equilibrio de las relaciones o la propia vida tienen un valor muy escaso incluso tienen tasado un precio como todos tristemente hemos oído en alguna ocasión.

Si difícil es el caso del dependiente, el alcoholismo habitual, más complicado es el del alcohólico ocasional que no reconoce la existencia de su problema, un carácter ocasional que no tiene de ocasional más que ser la coartada para decir que no es un alcohólico.

No hay mayor peligro en un problema que no reconocer su existencia, lo que llamamos ocasional, a veces también de fin de semana o de fiestas, en realidad

es una dependencia a la que se le quiere dar una apariencia de excepcionalidad, de anormalidad. No me afecta se suele decir. Soy bebedor social. Corto cuando quiero. Sucede que no es así, que el consumo de alcohol, no es tan esporádico, sino que es mucho más habitual, casi diario, convirtiéndose en excepcional los días sin consumo de alcohol. Por tanto, por mucho que nos empeñemos en decir lo contrario la dependencia del alcohol es mucho mayor de lo que reconocemos. Social e individualmente.

Los actos realizados en estas situaciones, realizados bajo los efectos del alcohol, en situación de inferioridad mental, como los calificamos.

Sabemos cómo son calificados en la legislación sobre seguridad vial. Conducir bajo los efectos del alcohol, de las drogas o sustancias tóxicas. Sabemos cómo los tipifica el Código Penal.

A efectos patrimoniales, se deberían tomar medidas en beneficio de estas personas que lo único que hacen con sus decisiones económicas es hacerse daño a ellos mismos y a su entorno familiar. Pero cómo se toman medidas para resolver un problema que personal y socialmente se niega su existencia?

Solo en el ámbito familiar se sabe de la existencia de ese problema, porque se sufren las consecuencias de pérdida de valor patrimonial, de un infierno de relaciones personales y familiares, con el correlativo empobrecimiento absurdo generado por unos hábitos de vida, que gozan de la connivencia social, pero que solo los que sufren los prejuicios saben de su existencia y alcance.

Además tenemos el problema de intentar taparlo, que no trascienda; la vergüenza social. Por un lado está bien visto e incluso se fomenta el consumo de Alcohol. Por otro se intenta relativizar, quitarle importancia, considerar que no merma, ni daña la inteligencia.

En los comportamientos relacionados con el consumo de alcohol, tanto habitual como ocasional, se van reproduciendo una serie de tipologías, que se repiten en numerosos casos de los que se estudian en los procedimientos médicos.

Se podrán extraer de los diferentes casos en los que se repiten pautas de comportamiento, unos estereotipos que nos sirvan para establecer un tipo lo suficientemente genérico que permitiese elaborar unos sistemas de protección de esas personas para protegerlos.

La elaboración médica de estos tipos de conductas, deberían llevarnos a establecer una graduación de los diferentes casos en los que se produce una limitación en la emisión de una declaración de voluntad verdaderamente libre.

Una vez fijada esta graduación, en los diferentes casos típicos, se debería proceder a la determinación de las medidas y ámbito en el que se debe plantear la actuación.

Parece que el Estado o las diferentes administraciones, no están en condiciones de prestar otro servicio público, con su correspondiente dotación económica, de personal cualificado, médicos especialistas en las distintas ramas que podrían verse afectados, psicólogos, juristas y demás personal que pudiera ser necesario.

No podemos cargar al Estado y demás administraciones públicas. Bastante tendría con elaborar un marco legal de protección con el que se colaboraría con todas las instalaciones actualmente existentes, de sanidad, Justicia, Interior, Servicios Sociales, etc.

Este marco legal, debe dar un papel preponderante a mi juicio, al entorno familiar con la suficiente fuerza como para que fuera efectivo, pero sin que produjese encomiamentos de ámbito personal que pudieran ser perniciosos.

Ahora bien, se puede limitar la capacidad de obrar, en un mundo que tiende a que todos tengan la máxima plenitud y disfrute de derechos.

Podría ocurrir que fueran contrarios sus efectos a lo que se pretende. Daría lugar a abusos o no. Se puede restringir la autonomía de la voluntad respecto de estas personas que consideramos que pueden llegar a ser mentalmente vulnerables. El sistema de apoyo chocaría con principios que se consideran intocables.

Toda restricción de derechos debe ser excluida. En ese caso como se justifica la restricción de la capacidad de obrar de una persona aunque sea en beneficio suyo. Los gobiernos deben tomar medidas para que estas personas no acaben en la marginalidad y en la mendicidad.

El modelo tutelar, la tutela, la curatela los posibles administradores de apoyo, es el sistema adecuado o deben los gobiernos utilizar otros sistemas de sustitución.

La dificultad está en encontrar un sistema que permita la protección sin afectar a la capacidad de obrar.

Esta solución se ve como imposible, si hace falta una sustitución o un complemento de la capacidad de obrar habrá que hacerlo.

Debemos preservar ante todo los derechos individuales, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, pero el mantenimiento de estos derechos fundamentales en la persona que tiene dificultades por el consumo de sustancias alucinógenas, para la formación y emisión de una declaración de voluntad libremente formada y determinante de lo que puede ser su futuro. Debe llevarnos a reflexionar en cómo

resolver esos problemas de las personas que navegan en la nebulosa existente entre la capacidad plena y la incapacidad legal.

Persona a las que hay que proteger, para que no puedan disponer de sus bienes por actos entre vivos, en su propio beneficio y en su caso el de sus familias. En principio, dado que tienen capacidad aunque debería limitarse, si podrían realizar actos de administración.

Serían unas restricciones en la capacidad de obrar de las personas, principalmente en lo que se refiere a los actos de disposición.

Estaríamos hablando de un status jurídico de capacidad restringida, en la que la persona en esa situación no podría hacer determinados actos sin la conformidad de un administrador de apoyo. Por tanto el afectado no ve limitada su libertad personal, ni su responsabilidad por actos ilícitos. Porque tiene discernimiento pero no aptitud para disponer por sí solo de su patrimonio.

Se considera que en ciertos aspectos es una persona «insana» con limitaciones, para disponer o administrar sus bienes o negocios por la disminución de sus facultades psíquicas.

Lo difícil es encajar conceptos que para la medicina son de una manera, y para el derecho de otra.

Así tenemos que la medicina y el derecho son independientes y tienen enfoques diferentes:

- La Medicina: busca y se ocupa del hombre en sí mismo, en su materialidad.
- El Derecho: se refiere al ser humano en la vida de relación.
- La Medicina: las medidas de protección se toman ante la simple posibilidad de que algo ocurra, son recomendables.
- El Derecho: dichas medidas si se toman sobre una persona que jurídicamente actúa de manera normal son repugnantes.
- La Medicina: considera que quien presenta una anormalidad orgánica por ese solo hecho debe ser objeto de tutela.
- El Derecho: observa antes si existe además alguna anormalidad en la vida de relación que la justifique.

En esta situación, cabe preguntarnos si la embriaguez habitual, el alcoholismo, o el consumo de drogas, estupefacientes requieren que la persona se exponga a otorgar actos perjudiciales a su persona o patrimonio.

El bien jurídico protegido es doble porque se encamina a proteger tanto al individuo en favor del cual está establecido como al patrimonio que él posea.

Es importante destacar que la posibilidad de realizar actos perjudiciales, lo es indistintamente respecto a su persona o patrimonio.

La dificultad para poner en marcha ese mecanismo protector radica en la prueba.

La Medicina ha de encontrar, dentro de un procedimiento garantista, los medios de acreditar la adicción, una vez probada ésta, ha de presumirse el peligro para la persona o el patrimonio, salvo prueba en contrario, en el mismo procedimiento contradictorio.

Establecido el alcoholismo habitual o el uso de drogas, la sola prueba de los síntomas psíquicos y clínicos que acompañan a la existencia de alguna de aquellas es suficiente para que el juzgador tenga por acreditado el factor jurídico.

No es necesario que el perjuicio se haga producido ya, siendo suficiente el peligro serio de un perjuicio futuro.

El daño debe consistir en ser como hemos dicho anteriormente en otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o a su patrimonio.

El médico ha de detectar el riesgo de dañar o la consecuencia de dañar a la persona o al patrimonio, derivada de la aptitud del sujeto para dirigir su persona o administrar sus bienes.

La ebriedad habitual y en ocasiones accidental y la drogodependencia podrían unificarse en una sola: el uso de sustancias calificadas como drogas, pues el alcohol es calificado como una droga.

No obstante como vimos anteriormente debemos reconocer que la respuesta del medio social frente a ambos fenómenos es distinta.

Razón ésta por la que los tratamos a continuación por separado.

a) Drogas

a) Es necesario que el uso de las drogas provoque una adicción, es decir, que exista una necesidad de drogarse irremediabilmente, existiendo una tendencia en aumento en las dosis ingeridas provocando una dependencia física y psicológica. De modo tal que los efectos producidos por el consumo de las drogas alcancen una entidad tal, que provoque una falta de aptitud para cuidar sus propios intereses.

La adicción causa una verdadera enfermedad emocional, capaz de ocasionar trastornos psicológicos, al punto que una sobredosis puede provocar un suicidio. De esto se deduce que los adictos necesitan de un régimen de asistencia legal para completar su capacidad de obrar.

Es necesaria una cierta habitualidad, pues podría pensarse que un empleo aislado o circunstancial no expone al individuo a realizar actos perjudiciales a su persona o patrimonio. La dificultad está en determinar el número de dosis que se deben consumir para no considerarlo consumo aislado u ocasional.

El consumo habitual debe ser actual. Cuando ha sido en el pasado y subsiste derivación psíquica, se estará en presencia de secuelas.

b) Clasificación de las drogas

Las drogas han sido clasificadas en diferentes grupos atendiendo a los efectos que producen, la procedencia, la intensidad de la adicción que provocan, el tipo de dependencia, su potencialidad farmacológica.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasificó las drogas que pueden generar dependencia agrupando las que tienen efectos análogos e inducen pautas de comportamiento similares en los usuarios.

Siguiendo este criterio se propusieron las siguientes categorías:

1. Alcohol.
2. Barbitúricos.
3. Anfetaminas.
4. Cannabis (Marihuana, Hachis).
5. Cocaína.
6. Alucinógenos (LSD Y similares).
7. Opiáceos.
8. Disolventes volátiles (pegamento, productos industriales).

1. Alcohol

Sin perjuicio de lo que trataremos en el apartado II.2, podemos decir, en términos médicos, que es un depresor, que reduce la actividad del cerebro y de la médula espinal.

En términos químicos, el alcohol es (2H5OH, conocido más comúnmente como alcohol etílico o etanol. El alcohol es el ingrediente embriagador de las bebidas alcohólicas. Debido a su composición afecta de manera instantánea a todos los órganos del cuerpo desde el primer sorbo.

2. Barbitúricos

Los barbitúricos son fuertes depresivos que se les receta comúnmente a los pacientes para poder lograr que se relajen y duerman. En sí, son drogas manufacturadas que producen la sedación del sistema nervioso central.

3. Anfetaminas

Es un notable estimulante del sistema nervioso central, eleva la eficacia en el individuo así como la capacidad laboral, da mayor confianza en sí mismo, aumenta la capacidad motora, lo mismo que hace con la concentración y disminuye el sueño.

4. Cannabis

Marihuana es el nombre común de una droga cruda elaborada con la planta de cáñamo denominada científicamente «Cannabis Sativa» o «Cannabis Índica».

Se denomina «marihuana» a las preparaciones que contienen las hojas y flores de la planta, las hechas exclusivamente con hojas, son llamadas «bangh».

El Hachis es un aceite o resina que se toma de las plantas de cannabis. Es más intenso que la marihuana porque tiene las sustancias más concentradas.

La ingestión de marihuana produce diversos efectos, que varían de una persona a otra. El «high» dura de dos a cuatro horas. Algunas personas experimentan mareos y aturdimientos, mientras que otras sufren depresión y tristeza. Puede inducir un comportamiento descuidado o errático, así como una reducción de la habilidad motora.

5. Cocaína

La cocaína es una sustancia que procede de las hojas de la planta de coca. Es un estimulante del sistema nervioso central.

La sensación que produce se puede describir como un incremento bastante grande de energía y vigor, como el inducido por la adrenalina.

El CRACK. Se denomina así a minúsculos trozos o piedras («ROCKS») residuos de pasta básica de cocaína. Es la más usada actualmente.

El BAZUCO. Pasta básica de cocaína. Sus efectos: euforia, ansiedad, alucinosis, desinhibición, deposición, agresividad y comportamiento paranoide.

6. Alucinógenos

Los alucinógenos son drogas que distorsionan la percepción de los sentidos de las personas que las utilizan, de manera que no pueden distinguir entre la realidad y lo que no existe.

Son LSD; PCP y la Mezcalina.

7. Opiáceos

Los opiáceos, opiatas o narcóticos son aquellas sustancias que derivan de la planta del opio. Son fuertes «mata dolores», ya que producen sopor, sueño, relajación, y eliminan el dolor.

Son: Codeína, Morfina y Heroína.

8. Disolventes volátiles

Por inhalantes se entiende un grupo de productos químicos diversos que producen vapores psicoactivos (alteradores de la mente).

Son: disolventes, pegamentos, algunos anestésicos y otros productos químicos.

b) Alcohol

El alcoholismo es la más antigua de las toxicomanías. Se remonta su ingesta desde los fenicios y luego los egipcios, es por ello que el alcohol tiene en casa todos los lugares del mundo aceptación legal y social genérica.

Como es sabido, la bebida alcohólica en las culturas «machistas» guarda relación con la potencia, la virilidad, y con la religión. Es por ello que las sociedades de tales culturas son permisivas con los consumidores y aun con la embriaguez.

El uso de las bebidas alcohólicas crea condiciones patológicas, tanto a nivel somático como a nivel psíquico, es decir ataca a la totalidad de la persona. Cuando se llegó a la convicción de que era un problema médico y no sólo social, se pasó del vicio a la enfermedad.

Por lo tanto se trata de considerar al alcoholismo como una enfermedad grave, tanto para el individuo como para su familia y la sociedad.

Esto último se ve reflejado entre otros, en la delincuencia, la deserción familiar, el absentismo laboral, la pérdida de empleo y la disminución de la capacidad productiva.

La demanda del alcohol no disminuye, sino que por el contrario, aumenta, por la publicidad, su bajo precio, y su tradición de uso en las fiestas, religiosas y culturales.

La O.M.S. define el Alcoholismo como aquel síndrome que sufren las personas que beben en exceso, cuya dependencia del alcohol ha llegado a un grado tal que muestran claras perturbaciones espirituales o conflictos en su salud física y mental; en sus relaciones interhumanas, en sus funciones sociales y económicas, por lo que necesitan tratamiento.

Existen varias clases de alcoholismo:

Bebedor ocasional: cuando la ingesta de alcohol es ante compromisos sociales ineludibles y no buscados, pudiendo también evitarla.

Bebedor excesivo ocasional. Cuando la ingesta mantiene el carácter de ocasional y de compromiso pero en cada uno de esos compromisos sociales no se detiene la ingesta sino en la embriaguez o se repiten con frecuencia los sucesivos actos ocasionales.

Bebedor habitual: es cuando no sobrepasa una cantidad arbitraria y definida de bebida alcohólica diaria.

Bebedor habitual excesivo: cuando la persona no puede dejar de beber, es decir que perdió la capacidad de abstenerse de beber.

También hay un alcoholismo oculto o los prealcohólicos, en el que se ubican aquellos individuos que son bebedores diarios o de fin de semana o de días de pago, sin daño orgánico ni social donde se toma bebida alcohólica por bienestar o por contagio social.

La embriaguez habitual, es la relevante y digna de protección, que es la que se produce por el consumo periódico y habitual de bebidas alcohólicas causando la disminución general de las facultades del individuo.

El sujeto que se encuentra en esta situación tiene enormemente disminuida su voluntad y es evidente que se encuentra en abierto peligro de otorgar actos perjudiciales.

Al igual que con la droga como vimos anteriormente el cuadro de alcoholismo ha de ser actual. Cuando lo ha sido en el pasado, pueden subsistir derivaciones psíquicas, pero en este caso solo se puede hablar de secuelas, lo que es diferente.

Finalmente debo aclarar que a través de la embriaguez habitual se llega al alcoholismo crónico, que es el estado en que se encuentra quien consume bebidas alcohólicas cuando aún no se han extinguido los efectos de la ingestión anterior. Ello causa un embotamiento general en las facultades mentales del individuo, el embotamiento es crónico porque la causa que lo origina no se interrumpe. Simultáneamente aparece la abulia, el incumplimiento de los deberes laborales y, también los relacionados con la familia. Es decir, que hay un debilitamiento intelectual y un derrumbe ético de la personalidad, con todas las implicaciones que ello significa desde el punto de vista familiar, social y jurídico.

Por todo ello las personas cuyas conductas hemos analizado son merecedoras de sistemas de protección, en defensa de su persona, su futuro, su familia y su patrimonio.

3. CONCLUSIONES

Es indudable que por todo lo expuesto existe una opinión generalizada a cerca de la necesidad de articular mecanismos, que con todas las garantías legales, protejan a estas personas, ante la situación de debilidad que padecen.

Existen como todos sabemos, una serie de figuras jurídicas como son: la tutela, la curatela, el guardador, el administrador, el defensor judicial, para proteger a personas que tienen restringida, limitada o excluida la capacidad de obrar, todas ellas actúan con carácter previo o anterior a la realización de actos dispositivos y todas ellas vigiladas o supeditadas a la autoridad judicial.

Cualquiera de ellas o varias de ellas serían encajables en los supuestos de hecho de los que nos hemos ocupado. Además sería necesario acoplarlos y adaptarlos.

Pero también sería digno de considerar la posibilidad de regular un «derecho de arrepentimiento» para supuestos en los que fuera necesario para proteger de actos dispositivos que no estén previstos en la sentencia que restrinja la capacidad de obrar, o simplemente personas que por su capacidad o aptitud intelectual o psíquica no necesiten dicha sentencia de restricción de capacidad de obrar.

Derecho de arrepentimiento que es una figura jurídica que se va abriendo camino cada vez con más fuerza, para aquellos casos en que personas plenas o dudosamente capaces, pero que no tienen legalmente restringida su capacidad de obrar se ven sorprendidas en su buena fe, por auténticos profesionales del abuso de los ilícitos de «guante blanco», que pueden embaucar a cualquier persona con palabrería aparentemente creíble y promesas que nunca se cumplen.

Figura que debería extenderse en el ámbito del derecho privado, para restablecer las posiciones jurídicas, que se ven desigualadas, cuando determinadas personas contratan sobre bienes y servicios, en las que una parte tiene claro lo que quieren y tienen asesoramiento legal y la otra se encuentra sola sin asesoramiento, pero cree lo que le han contado, hasta que se asesora y se arrepiente.

Para todos estos casos debería regularse un derecho de arrepentimiento general con plazos, causas, supuestos y efectos que permitiese reequilibrar las posiciones jurídicas entre las diferentes partes contratantes.

SEGUNDA PARTE
Semblanzas

Capítulo XVIII

UN VIAJE A LA COLIFATA

Blas Curado García

Psiquiatra

1. MI ENTRAÑABLE RELACIÓN CON PEPE SOTO

Corría el año 74 del siglo pasado, nos conocimos de manera azarosa. Las primeras propiedades de un médico joven llegan, poco a poco, a su notaría, conflúan nuestras profesiones en su pueblo: Don Benito; ambos llegábamos de diferentes lugares para encontrarnos, yo como cliente de un futuro amigo y, curiosamente, algún tiempo después, como suegro.

Los avatares de la vida administrativa nos llevan de la mano, a ambos, en escaramuzas que recordábamos siempre como inimaginables.

La relación cultural fue extensa y densa, en todos los asuntos relacionados con ella, ahí estábamos los dos, unas veces organizadas por uno o por otro, o por terceros, pero no perdimos ocasión de estar juntos; fueron tiempos ricos en experiencias de todo tipo, en actividades tan diversas, que ahora que las estoy recordando no puedo por más que sorprenderme, las inquietudes iban locas, la curiosidad dispersa, pero funcionaba. Una revista que todavía se edita en su pueblo, de la cual fue Pepe uno de sus fundadores y el más activista, esperaba pacientemente en todas sus ediciones el momento de llamarme para el correspondiente artículo alrededor de la locura. El tiempo fue pasando, nuestros hijos fueron creciendo, y nuestras necesidades y avatares profesionales nos llevaron a diferentes lugares, la comunicación fue constante e intensa, conocíamos, el uno del otro, todo lo que nos acaecía en lo bueno y en lo malo, las bodas de nuestros hijos fueron lugares de encuentro felices, disfrutamos de lo conseguido, de lo que no pudimos conseguir y lo que estaba por venir.

Pasan los años, me hago viejo al lado de mi amigo-suegro, mis batallitas recorren los avatares pasados con mi amigo Pepe, con mi suegro, y no logro ver donde co-

mienza uno y donde termina, si termina, lo otro; son tiempos de alegría, de recorrer el mundo, afortunadamente juntos, visitando servicios de dependencias, elevando informes sobre lo que vimos y observamos sobre la discapacidad, para explicarlos en lagos encuentros académicos organizados en cualquier rincón de nuestra tierra.

Amaba su tierra, su pueblo, su familia, sus amigos, el Atleti (la verdad que nunca supe porqué era su club de fútbol), a un amigo no se le puede criticar por ser del Atlético de Madrid. Tenía su peña muy cercana a su casa, y más de una vez estuve tentado de verlo sufrir con su equipo. No soy muy futbolero y ese espacio tuve la suerte de compartirlo con los encuentros de España y lanzábamos, a diestro y siniestro, exclamaciones disonantes para alivio del espíritu.

Compartimos nuestras emociones ecológicas, en el zoo de su hijo, todos los domingos, y en las tertulias del campo, de su casa, de mi casa, pasábamos el tiempo rodeado de toda su familia. La finca de Portugal fue un reclamo más para estar todos juntos, le gustaba el campo, su campo, lo recorríamos palmo a palmo, viendo los animales que lo habitan, las tortugas de los riachuelos, los conejos que nos salían al encuentro, las perdices y codornices que alzaban el vuelo delante de nosotros, las tórtolas, las palomas, los cernícalos, el cielo especial del otoño en la dehesa, el invierno en la chimenea de la casa de campo, el sueño de la siesta viendo chisporrotear las llamas, las comidas camperas al sol tenue del final del verano, caminar dentro del agua de las riberas y de los torrentes llenos de margaritas primaverales, campos blancos de ellas, azules de tomillos, perfumes de mil flores de campo, de los vapores calientes del verano. Todo ello ahora evoca mi entrañable amistad y cariño con mi suegro Pepe Soto, su muerte deja en mí esa sensación de algo que se pierde dentro de uno, de algo que se marcha.

Recuerdo con extraordinaria pasión el viaje realizado a la Argentina, el recorrido por espacios de selva en busca de un pueblo casi perdido en la frontera de nadie entre Brasil, Argentina y Uruguay, para llevarles un soplo de libertad y de cariño. A pesar de su grave discapacidad respiratoria allí estaba Pepe y Cristina salvando la humedad elevada, el calor, y las dificultades del terreno. Nos los encontramos sentados a la entrada de las cataratas de Iguazú como si tal cosa, con un espíritu alegre y dando ánimos a todos, a su lado, como siempre, su mujer Cristina, mi suegra, los dos tan panchos y nosotros tan extenuados. En este viaje, viaje inolvidable, me hizo visitar el manicomio de Buenos Aires, y valorar lo que se hacían en él, sobre todo qué es lo que nosotros podíamos trasladar como modelo para nuestros enfermos mentales, Enfermos y familias que soportan siglos de incomprensión e incuria, situación vivida durante muchos años como profesional y que desde el comienzo de mi andadura psiquiátrica me interesó la patología sumada por el sistema de represión hospitala-

ria, creada para su control y que, muy lentamente, provocaba una nueva patología a consecuencia de su permanencia en una institución negada a la rehabilitación, resocialización necesaria para que el enfermo pueda enfrentarse al mundo en las mejores condiciones. El hospitalismo no es una invención de los antipsiquiatras, es una realidad que vemos en los enfermos que tratamos, salidos a la vida sin recursos, sin puentes asistenciales suficientes para sus necesidades y que, Pepe, nos hizo recordar, y recuperar lo que ya explicábamos en nuestro viejo libro *Alrededor de la locura (1993)*, casi olvidado. Me parece adecuado ahora explicar, alejado del tanteo político, lo que un día ya muy lejano escribíamos en los periódicos de la región (HOY y Extremadura) y que a pesar del tiempo pasado no dejan de tener su denuncia actualizada. La situación ha mejorado, pero muy lentamente, se ha tardado demasiado tiempo, las zancadillas burocráticas y políticas han lastrado sus avances, después de cuarenta años que se han perdido, nadie tiene la culpa, pero los enfermos han sufrido en su carne el tiempo pasado tras la tapia del manicomio, cuando ya todo estaba dicho y no se hacía. Las vetustas diputaciones, que no sé para qué diablos sirven, han mantenido la llama de la incomprensión y de la estulticia. Sólo los listos, socios de la ignorancia, se han aprovechado de la falta de denuncia social y médica. Ante la situación del enfermo mental como discapacidad psíquica, Pepe relaciona el viaje con lo que hacen los argentinos en este campo y, especialmente, en el área de la socialización de los pacientes psiquiátricos.

La Colifata era nuestro objetivo, un objetivo del viaje propuesto por él, ha sido recoger lo que hacían con los enfermos a su salida del manicomio argentino. Un tango puso el dedo en la llaga y, si quieres la anécdota, conocía su letra y nos puso a localizarlo: «Al mundo le falta un tornillo», cantado por Julio Sosa. Una delicia. Nuestra sorpresa fue que, durante nuestra estancia en el patio del manicomio, donde se ubica radio «Colifata», el tango se cantó por los locos o colifatos bonaerenses, en la reunión inolvidable que tuvimos en Buenos Aires querido.

El trabajo lo realizamos y entregamos a Futuex, y ahora sale a la luz, después de un largo silencio, en su memoria y honor, por su empuje y al siempre y tremendo entusiasmo que desarrolló, se lo debemos.

2. UN VIAJE A LA COLIFATA

En los jardines del Hospital Neuropsiquiátrico José Tiburcio Borda de Buenos Aires, se lleva a cabo un encuentro radiofónico semanal con los «locos». Su análisis ha sido nuestro punto de encuentro para ir a la capital de Argentina. Realizamos la visita en el marco del Congreso Permanente Discapacidad y Derechos Humanos,

un día 15 de noviembre pasado, sábado, día en el que la radio hace su entrada en las ondas para llegar a sus oyentes, que, como fans especialmente adictos, esperan escuchar las locuras de la semana. Nunca mejor dicho, pues entre enfermos mentales se realiza el célebre programa radiofónico de La Colifata.

La radio La Colifata es un proyecto de salud mental comunitaria en los medios de comunicación, no sólo de la radio, sino que ha saltado a la televisión, periódicos e internet. Inicia su andadura el día 3 de agosto del año 1991, y fue fundada por un estudiante de psicología, actual director, Alfredo Olivera, siendo la primera radio que transmite desde un manicomio.

La idea surge en el ambiente que plasma el modelo comunitario de la integración del enfermo mental en la comunidad, siendo tratado en sus dos vertientes, el clínico y el social comunitario. El enfermo de los manicomios o neuropsiquiátricos (como se les denomina en Buenos Aires) es un paciente especialmente incomunicado, tanto por su enfermedad mental (normalmente psicosis) como por los problemas derivados de la misma en relación con su entorno familiar, social y laboral.

En La Colifata, la palabra la toman los internos y los no internos que van hacia el espacio del Hospital Neuropsiquiátrico, donde se encuentra la radio sabatina, espacio dentro del recinto hospitalario, cercano al centro prisión para enfermos mentales que allí se encuentra. Rodeados de guardianes de la prisión, rodeados del patio manicomial, allí nace todos los sábados, con buen o mal tiempo, la radio de los locos o internos del Neuropsiquiátrico de Buenos Aires. Coordinados por el director de la radio, de profesionales de la salud mental que ayudan y describen la toma de la palabra, dentro de una parrilla de actuaciones, expuesta en una gran pizarra, y que llena el espacio de la izquierda del móvil e improvisado escenario radiofónico. Escenario en el que, enmarcado en un fondo azul de un mosaico de pared, nos llama la atención una esfera terrestre atravesada por un tornillo, tornillo que simboliza a La Colifata y a lo que le falta al Mundo. Escenario lleno de cables y aparataje necesarios para emitir a las ondas en el aire de la capital bonaerense. Su capacidad técnica de emisión es corta y está legalizada desde el año 2005, como una asociación civil sin fines de lucro.

La radio, dentro del hospital mental, es un espacio de los enfermos asilados, y de los que salieron, de los que de una manera u otra han sabido aprender que, además de la medicación, que no deben dejar, tienen que comunicarse con los demás, con su familia, con sus amigos y con los que se quedaron dentro. Este es el medio, un medio poderoso que han sabido mantener estos diecisiete años, y que ahora sienten volar sobre sus ondas la piqueta demoledora de la especulación que intenta derribar los viejos muros de la obstinación y las nuevas tapias de la locura.

Los profesionales que manejan los entresijos de la radio, no hablan, hablan sólo los enfermos que ya tienen un espacio radiofónico específico y los que de una manera espontánea intervienen en los temas que vuelan en las ondas hercianas. Temas que siguen un guión estudiado, días antes, en los talleres sobre la radio. «Se piensa la radio como un dispositivo grupal de intervención clínica, además de un espacio de empoderamiento para los pacientes». El poder de los enfermos, en el dispositivo de la salud mental, es tremendo, es una idea feliz, y felizmente llevada a cabo y mantenida en el tiempo.

El sábado de la radio es un dispositivo radial grupal, así lo llaman, y se trata de un dispositivo abierto donde participan numerosos enfermos, más de setenta, contamos nosotros el día que estuvimos con ellos; con numerosos visitantes, algunos familiares y otros invitados, como artistas de la ciudad, otros, como nosotros, visitantes extranjeros que vamos a observar el extrañamiento medio radial de la locura, visitantes que el día referido, eran de Suecia, estudiantes de salud mental, mejicanos, pertenecientes a una radio comunitaria y periodistas realizando una investigación de los medios de comunicación. Además de unos visitantes especiales de «Aquarius», empresa patrocinadora de un año de radio, al ser los internos los participantes en un spot publicitario de la bebida. Nosotros los conocimos por medio de esta publicidad en la televisión en España, eran los protagonistas.

La transmisión en directo, en FM 100.1, dura más de 6 horas, desde la 3 de la tarde hasta las 8 de la noche, desde los jardines del Hospital Neuropsiquiátrico, con antena y frecuencia propia, en una tarde primaveral de Buenos Aires. Se nos hace corta la estancia, pero nos tenemos que ir, antes, colaboramos en la presentación e intervenimos en directo con el tema de nuestra visita.

Esperamos que la «radio de los locos» viva muchos años y que mantenga el tipo, a pesar de los nubarrones que cercenan su futuro.

a) El manicomio

El Hospital Municipal José Tiburcio Borda de Buenos Aires está ubicado en la calle Doctor Ramón Carrillo, en el número 375, en el conocido barrio de Barracas, es el hospital psiquiátrico más antiguo de Argentina. Data del año 1863, con el nombre de Hospital de San Buenaventura, rebautizado como Hospital de las Mercedes en el año 1888, siendo demolido y se construye el Hospicio Nacional, en el 1905. En el 49 se cambia a Hospital Nacional Neuropsiquiátrico de Hombres, y en el 67 por el actual, siendo, al principio, de carácter nacional y hoy municipal.

Y desde el año 93, es designado Hospital Asociado a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires (Wikipedia, 2008), como Hospital Psicoasistencial Interdisciplinario «José Tiburcio Borda».

Con casi 1.200 camas, aloja un número, aproximado, de 1.000 enfermos mentales; siendo el hospital pionero en el tratamiento ambulatorio de los pacientes (1931) y con residencia psiquiátrica establecida en 1957; sin embargo, actualmente, viene siendo denunciado en los medios de comunicación como un hospital impresentable, pues: «el deterioro del edificio... deja en evidencia sus 145 años de existencia, así como la paredes negras por la humedad y el olor nauseabundo que predomina, reflejan la falta de mantenimiento» (Palombo, 2008). En este mismo artículo de investigación se analiza la procedencia de muchos de sus enfermos debidos a las drogas y al alcohol, el ingreso se realiza por orden judicial y se plantea, seriamente, la situación desbordante de la asistencia y, como curiosidad, el cómo entran y salen del hospital supuestos enfermos que no son registrados.

La Ley de «puertas abiertas» permite la entrada y salida del hospital sin traba alguna, siendo su asistencia gratuita. Se escapan del hospital entre 5 y 6 internos por día, a pesar de la citada Ley.

En sus jardines se instala, todos los sábados del año, la radio La colifata, estando integrada en la estructura del organigrama del Borda, como área de atención ambulatoria, prevención y área programática.

b) El proyecto

El de La Colifata es un proyecto (refieren ellos) que abre paso al abordaje de medios por parte de la comunidad. Un modo de llegar a ella es a través de la producción y retransmisión de microprogramas, que emanan de la reunión del sábado, permitiendo la circulación de un producto realizado por usuarios de Salud Mental y editados con criterios ético-terapéuticos y estéticos. Pensamos, siguen explicando, la edición o montaje como recurso de intervención al servicio de una ética (no manipulación, sino edición, como facilitadora de puentes para el intercambio, como promotora de reflexión, como parte de un proceso de construcción identitaria, sin subjetivación). La edición o montaje es pensada en términos de intervención terapéutica, es como una herramienta desestigmatizante y sus talleres de producción como espacios terapéuticos.

Afirman, que su posicionamiento filosófico supone en cada «ser», la posibilidad de hacer un aporte único y valioso al cuerpo social. Para ello, continúan explicando,

hemos generado un dispositivo como «máquina productora de realidad convocante» que supone siempre a un «otro» como capaz de producir diferencia, por lo tanto riqueza, aporte y dignidad.

El proyecto se asienta en un primer acto solidario de inclusión, del que es protagonista la comunidad. Es un proyecto que sabe hacer «silencio» para que hable la comunidad con sus miedos y dificultades, así como también con sus respuestas, iniciativas, habilidades y su impronta creativa. La comunidad es protagonista desde la reflexión puesta en palabra y desde la acción saludable y solidaria. Se abren, de esta manera, las puertas a trabajar con diversas minorías excluidas según el contexto social que se trate. Curioso proyecto que merece la pena observar y valorar la posibilidad de introducirlo en otros trabajos en salud mental comunitaria.

c) Metodología

La Colifata, no sólo llega a la sociedad a través de plataformas comunicacionales de forma indirecta o mediatizada; lo hace, además, mediante lo que llamamos intervenciones directas. Se ha desarrollado un dispositivo de intervención directa en la comunidad: dispositivo radial grupal y otro de televisión, para salir del hospital e ir a ella para trabajar —in situ— junto a la población, con temáticas no sólo vinculadas a la «locura», sino también, a temas relacionados con la cultura, en tanto a promover la ciudadanía como bien cultural. De esta manera, los pacientes se ubican como agentes promotores de espacios de producción simbólico-culturales, siendo verdaderos estimuladores de la salud mental. La intención de los microprogramas radiofónicos que se retransmiten por más de 35 radios es, «hacer lugar a los que no tienen lugar». Esta metodología innovadora, de retransmisión de sus producciones a partir de un acto solidario, les permite, llegar al seno de la comunidad cubriendo diversas regiones y abarcando distintos sectores de la población del país argentino.

La Colifata realiza producciones en televisión, que se denomina «La Colifata TV». Se lleva un registro de casi todas las reacciones de la comunidad, como mensajes, visitas, intervenciones, etc. Las columnas de opinión de un paciente en La Colifata TV, tras ser grabadas, se cuelgan en la página web, los televidentes las pueden bajar e ilustrar, y finalmente, editamos el programa con las ilustraciones de los usuarios de la red registradas en la columna de opinión del paciente.

d) ¿Quiénes hablan en La Colifata?

Los sufrientes psíquicos, personas que padecen de una enfermedad mental, quienes a causa de este sufrimiento vieron empobrecida su vida social.

Los excluidos.

Los estigmatizados.

Los desempoderados o desalojados de la palabra y sus derechos.

La comunidad a través de todo tipo de mensajes, llamadas telefónicas y acciones solidarias.

e) ¿Para qué hablan?

Para crear recursos simbólicos, siendo la palabra la que da sentido a la existencia, palabra que se pierde o se daña seriamente en las enfermedades mentales más graves, como las psicosis, y se restituye en las intervenciones posibles, disminuyendo el sufrimiento de la incomunicación, y ampliando las capacidades ligadas a la posibilidad de disfrutar la vida.

Para crear lazo social, para verse implicado en la relación con otros, para configurar un «otro» como destinatario de un decir.

Para crear y sostener red social y para alcanzar autonomía.

Para deconstruir mitos, para generar preguntas en el resto de la sociedad, en relación a las etiquetas que funcionan reduciendo condiciones humanas, como los equivalentes a loco = criminal o loco = genio.

Para ser y sentirse parte, para generar prácticas de inclusión, para que el otro lo incluya, alojándolo en su escucha, interrelacionándose, y, así de esta manera, con las retransmisiones de radio y televisión quien representa es ese otro solidario que hace un lugar para quien sólo lo tiene en la reducción de su condición de loco. Loco criminal, loco tonto o débil, loco genio, y así poder demostrar que la inclusión desde la diferencia puede ser su aporte.

Para invitar al empoderamiento ciudadano, con la práctica social de la solidaridad, para reinventar espacios de la dignidad de la palabra.

Para promover acción ciudadana, pues el ciudadano también habla y despliega su creatividad.

f) Análisis del proyecto

Hemos analizado la idea, el método y a quienes participan en la radio La Colifata, A nuestro criterio, su análisis nos llevaría a lo que conocemos como psicoterapia de grupos, técnica ubicada en la preocupación cultural de nuestra época y que constituye el «leit-motiv» de las aspiraciones humanas: conocerse y encontrarse a sí mismo.

La sociedad está formada por grupos, grupos de todo tipo, y como miembro de un grupo, el individuo se siente más seguro, menos desamparado y distinto. El análisis de sus emociones en persecución de una finalidad terapéutica, de una forma sistematizada y deliberada, es lo que se ha denominado psicoterapia de grupo.

Existen, simplificando, dos tipos de grupos: uno, los que trabajan por el grupo con estructuras paternas y donde el terapeuta es idealizado; y otro, donde se actúa por el grupo con estructura fraternal, en este tipo de conjunto el terapeuta o el líder es minimizado y no idealizado, y donde se estimula la fraternidad del grupo y la máxima homogeneización del mismo (Grimberg, 1961). Pertenecer a un grupo conlleva, para el miembro del mismo, una elevación de la energía del Yo, un vínculo emocional con los demás, soportar mejor su propio problema y donde el psicoterapeuta acaba por pertenecer al propio grupo (Preuss, 1968).

Siguiendo con este análisis, el grupo formado en los jardines del Borda, en la radio La Colifata, sería, a mi parecer, una reunión no homogénea, abierta, donde los intereses del grupo giran en torno a un objetivo común, con un líder natural, profesional y que pertenece al grupo e intenta, de forma fraternal, homogenizarlo, creando una atmósfera emocional en los miembros del conjunto y con la sociedad que lo rodea. Afirman, que se trabaja con criterios éticos-terapéuticos y estéticos. Trabajo, analizamos nosotros, que encaja muy bien con la logoterapia (Frankl, 2004), técnica psicológica donde no es concebible una situación que condicione al hombre y le prive de la mínima libertad. Un psicótico quizás pierda la capacidad de ser útil, en algún momento, pero conserva siempre la dignidad del ser humano.

A nuestro parecer, no es sólo una técnica terapéutica lo que se pone en juego en La Colifata, es algo más, es, sobre todo, otra forma de ver al enfermo mental, hasta en el aspecto moral. Pues el humor, que juega un papel importante en la vida y que vemos en el juego dialéctico de la reunión radial, es a nuestro juicio, una técnica que ayuda a distanciarse del sufrimiento, de la enfermedad, a verla de otra manera, ya que el enfermo que «aprende a reírse de sí mismo puede estar en el camino de gobernarse a sí mismo» (Allport, 1956).

El lazo del enfermo mental con la sociedad se establece con la emisión de la palabra radiada, el medio de comunicación que hace que los pacientes se incluyan

en la sociedad y se puedan recuperar mejor, evitando la tendencia al alistamiento que presentan, y la exclusión proverbial que realiza la sociedad con ellos. La sociedad, a su vez, puede verse promovida a la reflexión en el campo de la salud mental.

El protagonismo es de ellos, de los pacientes internos del Borda, que hablan en nombre propio y que permanecen internos en el manicomio. También de los que lograron salir y mantienen los lazos con la radio que han visto y oído tantos sábados lunáticos.

Creemos, que estamos ante un fenómeno novedoso de terapia colectiva y de sensibilización hacia la enfermedad mental, sacándola de los muros del manicomio para desestigmatizar todo lo concerniente a ella. Técnica que viene a formar parte de la lucha contra la neurosis institucional y de la mejora de la salud mental de la comunidad.

g) La comunicación

El modelo de comunicación/incomunicación que se quiere corregir, en el caso del paciente psicótico, está seriamente dañado. El empeño en establecer una comunicación con el enfermo mental grave, un diálogo terapéutico, diálogo muchas veces imposible, pues el fracaso de las relaciones con el prójimo es tan importante como las respuestas rígidas del psicótico ante la comunicación. Su distanciamiento viene como consecuencia del sentimiento de inferioridad que mantiene ante la sociedad que lo rodea, carente, casi siempre, del dialogo confirmador que evite la retirada de la realidad del psicótico. El fracaso de sus defensas, la carencia de relaciones y la máxima debilidad de su yo, son las tres características de la escisión de la mente psicótica (Benedetti, 1966). La sociedad parece favorecer con su estructura la angustia y la soledad, y todo lo que se oponga a ellas sería muy válido para la esperanza, cuando se parte de un diálogo auténticamente comprensivo.

El diálogo que se establece en la radio La Colifata, todos los sábados, durante más de cuatro horas, es tan importante para el grupo de psicóticos que se reúnen en semicírculo alrededor de ella, como la medicación y las terapias complementarias que se le administran en el Borda. Podemos resumir, como dice Alfredo Olivera sobre su técnica: «que se buscaba reconstruir el uso del lenguaje (...) cuya pérdida es uno de los elementos asociados a las psicosis, así como modificar la idea de que los internos psiquiátricos son gentes peligrosos (...) y mejorar la comprensión del problema de la demencia (psicosis)».

h) ¿Qué problemas/necesidades aborda La Colifata?

Los ubicaremos por partes, iremos del problema a la necesidad:

1. Psicosis o sufrimiento psíquico/Salud Mental:

- 1.1. Falla la función simbólica/espacios de palabra con la palabra.
- 1.2. Empobrecimiento de la vida social/creación de lazos y red social.
- 1.3. Continuas reinternaciones (reingresos hospitalarios)/sostenimiento de condiciones de alta médica.
- 1.4. Dependencia externa de otros que los sustentan/procesos de construcción de autonomía.

Beneficiarios directos: usuarios de los servicios de salud mental (pacientes).

Beneficiarios indirectos: familiares, amigos, y comunidad en general.

2. Exclusión/inclusión:

- 2.1. Problemas: sociedades que tienden a desarrollar lógicas de exclusión.
- 2.2. Necesidades: no sólo incluir, sino, sobre todo, imprimir otro patrón relacional generando prácticas inclusivas. En este caso, trabajan metodológicamente desde la inclusión de sus producciones en contextos mayores, y, además, la inclusión desde la «diferencia» en tanto aporte (la diferencia es lo único que nos iguala, en tanto seres diferentes).

Beneficiarios directos: usuarios de los servicios de salud mental.

Beneficiarios indirectos: la comunidad y todas otras minorías marginadas (ancianos, pobres, inmigrantes, etc.).

3. Apatía/participación:

- 3.1. Problema: bajo interés por los problemas sociales, sensación de vacío, respuestas individualistas.
- 3.2. Necesidad: verse implicado en situaciones y problemas colectivos.

Beneficiarios directos: los usuarios de salud mental.

Beneficiarios indirectos: la comunidad.

4. Estigmatización/desestigmatización:

- 4.1. Problema: reducción del ser a un aspecto degradado o idealizado, se da a nivel de representaciones que auspician prácticas segregatorias (segregacionista) o idealizadas.
- 4.2. Necesidad: trabajar junto a la población en la que la dificultad o la patología no definen al ser. Deconstruir representaciones sociales.

Beneficiarios directos: usuarios de los servicios de salud mental.

Beneficiarios indirectos: la comunidad que es quien trabaja y disminuye el temor amenazante frente a quien se le presenta como «diferente».

5. Falta de acción y movilización ciudadana/empoderamiento (poder) ciudadano, prácticas de salud:

- 5.1. Problema: dicho de modo muy sintético, responde a una sociedad donde la presencia del Estado se ha establecido de modo paternalista ubicando a la población en posición pasiva y receptora. El problema se agudizó aún más cuando el Estado se retiró abruptamente.
- 5.2. Necesidad: es, para nosotros, promover salud en términos de comunidad, y es crear y facilitar espacios donde la comunidad tome acción y palabra, intervenga en relación a los múltiples problemas que nos atraviesan (medio ambiente, ciudadanía, inclusión, economía social, etc.). Los actores sociales que abren espacio para el debate de esos temas son los «pacientes» pesando su rehabilitación en el cambio de posición: de pacientes a promotores de acciones saludables en la comunidad.

Beneficiarios directos; la comunidad y los usuarios de los servicios de salud mental.

Beneficiarios indirectos: toda la sociedad, a través de la difusión de las producciones realizadas en el encuentro entre pacientes y comunidad.

Creemos que lo novedoso, para nosotros también, es el uso de una misma herramienta (medios de comunicación) impactando en los diversos campos y sus multiplicidades. Se hace necesario crear indicadores del campo clínico que contemplen estas. Para cada problema/necesidad es preciso crear instrumentos de medición que nos indiquen si aquello que me propongo lo logro o inicio actividades tendentes a lograrlo. A ellos se les llama indicadores de impacto y se crean en relación a cada problema/necesidad a abordar.

Pasamos a analizar los indicadores de impacto:

1. Psicosis o sufrimiento psíquico/salud mental, campo clínico:

Alcance:

- * Anualmente utilizan los medios de La Colifata más de 650 pacientes (promedio últimos 5 años).
- * En más de 16 años de actividad han pasado, por los micrófonos de la radio La Colifata, más de 9.600 pacientes.
- * Cada sábado asisten un promedio al DRG (dispositivo radial grupal) de 50 pacientes (recordar que el DRG se transmite en directo durante más de 6 horas desde los jardines del Hospital Borda de Buenos Aires).
- * Anualmente dan atención psicoterapéutica a 42 pacientes en nuestra asociación, a través de nuestros dispositivos de intervención [radio, televisión, terapia de grupo, microemprendimiento (negocio pequeño), colifata solidaria] en los últimos cinco años.

Resultados:

- * El 20% de los pacientes, que asiste a La Colifata, cuenta como único espacio en salud mental a nuestra organización.
- * El índice de adherencia al tratamiento es del 78% de promedio al año, según datos estadísticos de los últimos cinco años.
- * El 35% de los enfermos en tratamiento que integran La Colifata consiguen el alta (externación) en el año.
- * Menos del 10% de los enfermos que utilizan La Colifata como espacio de atención ambulatoria, necesitan un nuevo internamiento hospitalario (recaídas), referidos a estos 5 últimos años.
- * El 65% de los pacientes que no continuaron en La Colifata, después de recibir el alta hospitalaria, fueron reinternados (volvieron a ingresar) en el Hospital Neuropsiquiátrico.

2. Exclusión/inclusión:

Si uno de los problemas son las conductas sociales que tienden a excluir y la estigmatización del loco en la sociedad, nos planteamos, cómo valorar el impacto en ella. No cabe duda que la comunidad es la beneficiaria directa y para poder valorar los indicadores de impacto, hemos construido los apartados, siguiendo los problemas/necesidades detallados anteriormente.

Alcance y resultados:

- * El sistema de distribución de microprogramas de radio La Colifata permite llegar a más de 2.000.000 de potenciales oyentes.
- * La cantidad actual de radios retransmisoras de La Colifata alcanza las 30 unidades.
- * La cantidad de programas de televisión que incluyen producciones de pacientes, es de uno en televisión abierta (Canal 7, cada martes en vivo, 10 minutos).
- * La cantidad de menciones del proyecto colifata, en la web, es de 79.000.

3. Apatía/participación:

Alcance y resultados:

- * La página web de la colifata (www.lacolifata.org) ha recibido 78.200 visitas durante el primer semestre de 2008. Desde su creación, en el 2003, la página web, lleva más de 220.000 visitas.

Cantidad de mensajes a pacientes, vía:

- * Llamadas telefónicas a radios retransmisoras: no controladas, muy numerosas.
- * Llamadas telefónicas para dejar mensajes a los pacientes en la sede de nuestra organización: 24, durante el primer semestre de 2008.
- * Email dirigidos a los pacientes de La Colifata: 137, en el primer semestre de 2008, llegados a la dirección de correo electrónico: lacolifata@fibertel.com.ar
- * Mensajes en libro de visitas en página web (www.lacolifata.org.) dirigido a los pacientes: 430 mensajes dejados durante el primer semestre de 2008.
- * Participación en 12 foros abiertos en la página web de La Colifata, con una colaboración de 239 comentarios.
- * La cantidad o volumen de comentarios sobre La Colifata, en diferentes blogs, en la actualidad, supera los 4500 aclaraciones

4. Estigmatización/desestigmatización:

Alcance y resultados:

4.1. Intervenciones indirectas:

- * «La Colifata TV, El especial», emitido por canal TELEFE, en el año 2004, fue vista por casi 2.000.000 de televidentes.

- * La respuesta, al programa de televisión, vía email, superó los 2.000.
- * La versión en microsegmentos de La Colifata TV en *Teikirisi*, TELEFE, superó el millón de espectadores, en tres meses, durante el año 2005.
- * La versión microprograma de La Colifata TV en *Teikirisi*, en el año 2005, generó una respuesta de mails semanales superior a 30, y aumentó las visitas a la transmisión de la radio (los sábados), a un promedio de 35 por sábado.
- * Las emisiones de La Colifata TV llegaron durante 2006, a un promedio de 80:000 televidentes en sus versiones «La Colifata TV: El living de Stellita» y «Colifata TV: Microprogramas» que se emitieron regularmente por el Canal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- * Cada martes el segmento de La Colifata TV, conducido «en vivo» por dos pacientes, en el programa de TV «Saludamos», del Ministerio de Salud de la Nación, que se emite por Canal 7, llega a más de 150.000 televidentes de todo el país.
- * A través de la publicidad de «Aquarius», emitida desde febrero de 2008, el proyecto La Colifata, fue conocido en España de forma masiva, llegando a millones de televidentes. Nosotros la conocimos a través de esa publicidad, en el verano pasado, lo que dio origen a la motivación de contactar con ellos.
- * Como resultado de la publicidad de «Aquarius», emitida en 2008, se quintuplicó la cantidad de visitas a la página web respecto al primer semestre del año anterior. Se cuadruplicó la cantidad de mensajes escritos al libro de visitas de la página web respecto al primer semestre del año anterior. Generó la presencia de La Colifata en relación a este tema en 106 blogs y produjo un volumen de comentarios en ellos superior a los 500.

4.2. Intervenciones directas:

- * Radios: existen más de 55 radios abiertas desde el año 1991. Radio La Colifata retransmite desde espacios públicos en la Capital federal e interior del país, con más de 15.000 participantes.
- * Los festivales organizados junto a la comunidad dentro y fuera del Hospital Borda de Buenos Aires. Los festivales los organizan los pacientes siendo sus protagonistas, montando la radio sobre los escenarios. Se cuentan más de 10 festivales (con unos 35.000 participantes), el último con Manu Chao, un recital junto a los enfermos mentales, con una participación de público, de más de 20.000 personas, dentro de un estadio de fútbol.

5. Falta de participación y acción ciudadana/ empoderamiento comunitario y/o prácticas en salud (intervención directa, no los que son recibidos por quienes hacen la radio).

- * Cantidad de visitantes promedio a emisión (sábados), un promedio de 22 visitantes de la comunidad, que junto a los enfermos comparten la transmisión (últimos cinco años).
- * Anualmente más de 100.000 personas participan de la transmisión (sábados) desde los jardines del Hospital Borda de Buenos Aires (promedio últimos cinco años).
- * Las «colifatas solidarias» en total de 8, son los recursos de salud desplegados por la comunidad, desde el año 1998. Sirva de ejemplo la participación de la colifata solidaria, en la ciudad de Rosario que, el año 2004, se convocó a 4.000 personas, y a 5.000, en el año 2005.

i) Recursos

El informe económico, referente al año 2007, de La Colifata Salud Mental y Comunicación Asociación Civil, generó una deuda total de casi 40.000 pesos argentinos, en concepto de honorarios profesionales, alquiler de oficinas y demás gastos operativos.

Los ingresos generados en el año 2008 permiten afrontar la deuda, así como continuar con la ejecución del programa de radio, los gastos operativos e invertir en programas como Colifata TV, microemprendimientos y corresponsales colifatos.

De la memoria adelantada del año 2008, entresacamos los siguientes ingresos como significativos:

- * Cesión de imagen: 240.000 pesos.
- * Donaciones de empresas: 24.700 pesos.
- * Microemprendimientos: 49.785 pesos.
- * Colifata TV: 54.000 pesos.
- * Radio: 9.000 pesos.

No tienen ingresos por socios, ni premios, subsidios o cooperación internacional. Hacen un total de ingresos de: 387.230 pesos.

Los ingresos se distribuyen, hasta agosto de 2008, de la siguiente manera:

- * 2% a corresponsales colifatos (3.600 pesos).
- * 19% a deudas (39.692 pesos).
- * 36% a gastos operativos (77.664 pesos).
- * 27% a la radio (58.098 pesos).
- * 14% en TV Colifata (30.911 pesos).
- * 2% en microemprendimientos (4.392 pesos).

Pendiente de contar con los 20.000 euros donados por Manu Chao (unos 85.000 pesos) lo que supondría tener cuatro meses de radio y gastos operativos pagados. En la actualidad tienen los gastos cubiertos hasta el mes de marzo/abril del año 2009.

En dicho informe no consta el número de corresponsales colifatos, la plantilla en nómina, y no consta la cualificación profesional de los mismos.

En los recursos humanos del presupuesto para el año 2009 encontramos la siguiente dotación de personal:

- * Un editor de radio (14.400 pesos/año).
- * Asistente de editor de radio (4.800 pesos/año).
- * Administrador página web (9.600 pesos/año).
- * Asistente comunicación (4.800 pesos/año).
- * Responsable área Psi (21.596 pesos/año).
- * Psicóloga (13.797 pesos/año).
- * Psiquiatra (12.600 pesos/año).
- * Operadora técnico-terapéutica radio (4.200 pesos/año).
- * Trabajador social (1.584 pesos/año).
- * Producción (4.080 pesos/año).
- * Estudiante de psicología (4.800 pesos/año).
- * Voluntario sábados (cero pesos).

El total de los recursos humanos sube a 96.257 pesos al año. Calculando una inflación del 20%, los gastos en personal serían de 115.508 pesos/año.

j) Nuestra visita

«Somos los únicos locos en tener una antena, si escuchas de otros, es porque son de Marte». Así se expresaba, hace ahora algunos años, Diego, uno de los pensionados del Hospital Borda, sobre las ondas argentinas. Con estos antecedentes leídos a la ligera, de la contra portada de un DVD de la radio La Colifata, rompiendo muros, comenzamos nuestra andadura en busca de esa radio tan rara, tan extraña y, tan diferente.

El sábado, día 15 de noviembre pasado, nos entrevistamos con el director de la radio La Colifata, Alfredo Olivera, y en su coche nos trasladamos al hospital. Se nos hace tarde, después de una entretenida y sabrosa sobremesa, nos llaman, le requieren de manera urgente, lleva en su portamaletas los mecanismos electrónicos que hacen posible el milagro de la radio. Nada menos que la «radio de los locos».

Llegamos al Hospital Neuropsiquiátrico José Tiburcio Borda, de Buenos Aires, como así se le conoce en todo el país o simplemente «El Borda». Entramos por una puerta directamente al jardín donde se comienza a preparar los utensilios de la radio. Los pacientes marchan de un sitio para otro, describen caminos mentales en el jardín, están casi todos los que los sábados intervienen en los programas. El público y las familias de los internos vamos llegando, lentamente y expectantes, a las sillas blancas de plástico que, en forma de semicírculo, se han ido colocando por los voluntarios alrededor de la mesa de la radio.

El escenario se coloca en medio del jardín del Hospital, donde grandes árboles primaverales se agitan por el viento. Hacía un tiempo de primavera del hemisferio sur, algo lluvioso y ventoso, a pesar de ello, la radio se monta y se pone en marcha. Son las tres de la tarde pasadas. No sentamos en cualquier sitio, esperamos el comienzo, y entretanto se acercan curiosos los pacientes: uno nos cuenta que ha escrito un libro sobre Napoleón al conocer que yo había escrito un libro sobre Hernán Cortés, pues, nos dice que Napoleón estaba muy enfermo, y que sólo tenía una parte buena, por ello le llaman «bona parte»; otro interno, nos refiere que los extraterrestres le informan de los adelantos médicos, y uno de ellos, acercándose más, nos pregunta a uno de nosotros: «sabéis cómo se llamaba la mujer del diablo», pues estaba cavilando, se explica, qué cómo podía tener, el diablo, un hijo y nadie conocía a su mujer.

Se presenta el programa por dos colifatos, nos rodean los voluntarios de la radio, se graba la emisión radiofónica, salimos al aire. Nos vamos presentando todos los que sentados en círculo estamos frente a la mesa de la radio, por orden, de derecha a izquierda. La mesa de la radio se encuentra colocada en unas mesas de tablas con

pies de hierro, inestables, es donde se confecciona La Colifata. La pared que sirve de fondo es un mural de mosaico, con una esfera que representa el mundo, a la izquierda, atravesada por un gran tornillo que, curiosamente, un tango ha inmortalizado: «Al mundo le falta un tornillo». Tango que, después, cantan a dúo, acompañados a la guitarra, en una de las numerosas intervenciones que surgen de los artistas invitados. Todos pueden hacer lo que sus habilidades le permitan. Canta, junto al artista, Hugo López, conocido paciente externo, «colifato musical», que es el alma con sus canciones y a quien, sin quererlo, le brota un humor inteligente y provocador.

Contamos nuestra experiencia con La Colifata, cómo hemos llegado a conocer su existencia y el sentido de nuestra visita.

Se interviene según el guión, ilustrado en una gran pizarra a la izquierda del escenario, estamos cerca, podemos leer su contenido, lo cierra el «loco Dani». El director, es su creador, es el psicólogo Alfredo Olivera, que mantiene el orden de intervención, espera pacientemente las actuaciones a destiempo de los pacientes. Nos vamos pasando el micro, «todos tenemos derecho al micrófono»; un interno, médico de profesión, acompañado por su mujer, enfermera de profesión, aquejados de una gran psicosis activa, son la nota extraña y melancólica de la emisión; interviene varias veces y con gran aspaviento y voz autoritaria, manda a la mesa radiofónica que «ya, inmediatamente y sin excusas burocráticas, le pongan un consultorio a su disposición». Otro afirma, con contundencia y dominando el auditorio, que es un «rehén político», su declaración se hace analizar por el grupo a sugerencia de Alfredo. Cada loco con su locura.

Intervienen los familiares, los visitantes, unos de Suecia, otros de Méjico, unos realizando una investigación de campo periodístico y de radio comunitaria, otros en salud mental, nosotros de observadores de una feliz idea y su puesta en escena. Salimos dando las gracias por la experiencia vivida y con la esperanza de que La Colifata tenga muchos años de vida.

Es una experiencia de técnica de grupos e integración comunitaria como ya hemos analizado antes, grupo de psicoterapia para todos, para los internos y los externos, para la familia de los pacientes y para los visitantes, técnicos o no, visita que no se olvida fácilmente. Es una ventana al exterior, abierta al universo psiquiátrico y es una alternativa a los prejuicios y a los miedos, es, en definitiva, un modelo de intervención contra la experiencia tan dura del ingreso en un manicomio. El medio, la radio, es el elemento conductor de las necesidades de comunicación, sin cortapisas, sin paternalismo, con un leve control de la intervención para que todos los que quieran hablar lo hagan, para que los que quieran cantar lo hagan y para los que, simplemente caminen por entre los demás, lo hagan.

Es difícil que el modelo de radio que vivimos se expanda por otros países, con el éxito y la calidad que mantienen. La personalidad del argentino es expansiva en la palabra, tiene los medios lingüísticos, culturales e idiosincrasias necesarias para el buen camino en la comunicación. Los pacientes mantienen las coordenadas de identidad argentina y por ello son capaces de hablar en público, de sentir la palabra alada y de exponer un discurso de su locura de forma mediática.

El medio de comunicación es, para el argentino, como para el pez es el agua, sienten la necesidad de expresarse y ella hace posible que la curación, por el medio radiofónico, sea posible y muy positiva.

El proyecto de La Colifata sobrepasa el expuesto, no sólo puede incidir en el mensaje a la comunidad, como muy bien hemos visto explicado, sino también en la integración de los discapacitados psíquicos (no sólo los afectados por el retraso mental) en los medios de comunicación. Discapacitados que no se tienen tanto en cuenta como otros, a la hora de ver la capacidad de integración en el aspecto laboral.

Hemos visto que los pacientes, tanto internos como externos, colaboran y hasta participan en trabajos de realización de programas, llevan ideas al proyecto y son elementos importantes en el desarrollo y mantenimiento del mismo

Nos vamos, intentamos salir, nos volvemos por el medio del manicomio, de «El Borda». Encontramos caminos llenos de suciedad, de abandono, caminos a ninguna parte; paredes negras, cristales rotos, patios vacíos, puertas llenas de candados y como pintadas en el muro. No hay nadie, nadie sale a nuestro encuentro, caminan algunos enfermos errantes, meditabundos, alejados, etéreos; vemos letreros que indicaban algo como borrados; nos topamos con las letras de una Cátedra de Psiquiatría y Salud Mental herrumbrosa, que sale a nuestro encuentro, sin limpiar desde hace siglos.

Salimos como pudimos, por una puerta lateral, nadie nos dice nada, nadie marca el espacio de la salida; llegamos a la calle, a la fachada del Hospital, una fachada con pancartas llenas de huelgas. Hemos salidos y sentimos el aire de la calle que nos llena de una rara sensación. Atrás dejamos algo extraño. Evita Perón, a la entrada del hospital, nos mira y se aleja. La cancela del guardia de seguridad nos indica la salida o la entrada, no volvemos más.

k) Análisis documental

Material regalado por Alfredo Olivera, creador y actual director de La Colifata:

1. El primer DVD, titulado «Radio La Colifata, rompiendo muros», realizado en Francia, explica el mundo del Hospital Borda con imágenes que dicen todo lo que las palabras no pueden reflejar. Mejor una imagen que mil palabras. Es la radio en el año 2001, vemos a colifatos a los que nos encontramos en nuestra visita, ahora en el 2008.
2. Un CD con el mismo título, del año 1997, canciones de los enfermos de La Colifata, una de ellas «La canción del egoísta», de Hugo López, nos recuerda a la que oímos en nuestra visita. Canciones para todos los gustos y contra todo: lo divino y lo humano.
3. Un DVD, titulado «Promofilm la Colifata», del año 2004; donde podemos ver el programa de televisión emitido en ese año, en la televisión argentina, con gran éxito, y de la que resaltamos la crítica de dos películas sobre la enfermedad mental, por los internos del Borda, nos interesan los comentarios: «Atrapado sin salida», de Milo Forman y «12 monos», de Terri Gillian. Experiencia excelente para activar el distanciamiento y análisis de otros manicomios y locos.
4. Un CD con el título «La Colifata, siempre fui loco», del año 2003, es una grabación de un sábado en la radio, con un programa casi completo.
5. Concierto de Manu Chao, en Radio Bemba, un DVD doble, de fecha 8 de noviembre de 2005. Radio Bemba es una creación de Manu Chao, un parisino (nace en París en el año 1961) de padre gallego y madre vasca, músico, que tras la disolución de su banda y numerosos grupos musicales creados por él, marcha a Madrid y en un piso en plena Gran Vía instala radio Bemba, una radio comunitaria que fracasa. Marcha por todo el mundo con su radio que cabe en su mochila.
6. Un DVD, titulado «El living de Stellita, actuación», un magazín de La Colifata TV, editado en 2006. Stella Cros es una mendiga en la calle que quiere salir de su situación; es ya muy mayor, pero se encuentra en inmejorables condiciones mentales, manejando con soltura su programa en televisión. El estudio se improvisa en una de las plazas de Buenos Aires, en la calle, y en unos sillones viejos y deteriorados se sientan todos. Está dedicado a la vida de los actores y a su función artística y en cuyo desarrollo participan dos actores y varios colifatos: uno de ellos analiza, en una columna periodística, un texto de José Luis Borges: «Everithing and nothing» (Todo y nada), de manera excelente. Se termina la función con un análisis de películas con grandes actores, y en una de ellas, «Iluminados por el fuego», actúa uno de los actores invitados. El escenario de la película es la reciente guerra de las Malvinas y, después, se establece un debate sobre el tema.

NOTAS

- * **Colifato:** «loco querible», y lo explicamos mejor por boca de un colifato: «loco querible con capacidad de querer y posible de ser amado».
- * **Radio La Colifata:** nombre propuesto por Jorge Oswaldo Garcés (interno) para la radio creada en el hospital Borda, que en lumfardo (dialecto de Buenos Aires), loco es colifato, dicho con afecto y respeto.
- * **Corresponsal colifato:** enfermo mental que colabora como corresponsal acreditado de prensa. En el estadio del Boca Juniors tienen entrada, en el palco de prensa, dos corresponsales deportivos colifatos.
- * **Radios más conocidas como colifatas:** En Italia, en la ciudad de Mantova, Radio 180. En España, Radio Nicosia, en Barcelona y en Marbella (Málaga), radio Travesías. En Chile, Radio Estación del Paraíso de Santiago de Chile y en Argentina, en la provincia de San Juan, Radio Zondita.
- * **La radio La Colifata, que se denomina LT 22:** es una emisora radial de frecuencia modulada argentina, que transmite en la frecuencia de 100.1 MHz en Buenos Aires, siendo muy delimitado el alcance de la señal, sólo, al porteño barrio de Barracas.
- * **Microemprendimiento:** negocio creado por los colifatos para el mantenimiento de su asociación.
- * **La bebida «Aquarius»** es un producto de Coca-Cola Company.
- * **La radio La Colifata ha recibido numerosos premios en todo el mundo:** no hemos creído oportuno referirlos, al ser muy conocidos, se hace una extensa numeración en su página web: www.lacolifata.org.com.
- * **Logoterapia:** es una psicoterapia centrada en el sentido de la vida, mira al futuro, es decir, al sentido y los valores que el paciente quiere realizar en el futuro.
- * **Yo (ego):** término psicoanalítico (Freud) que designa la personalidad consciente del individuo. La esencia total o el ser de una persona; la individualidad.

REFERENCIAS

- ALLPORT, G. W.: *The Individual and His Religion*. The MacMillan Co, Nueva York, 1956.
- BENEDETTI, G.: *El paciente psíquico y su mundo*. Morata, Madrid, 1966.
- CURADO, B., SOTO, M. C.: *Congreso Permanente Discapacidad y Derechos Humanos, Área Médica*. Comité Promoción de la Autonomía, Olivenza (Badajoz).
- FRANKL, V.: *El hombre en busca de sentido*. Herder, Barcelona, 2004.
- GRIMBERG, L.; LANGER, M.; RODRIGUÉ, E.: *Psicoterapia de grupo*. Paidós, Buenos Aires, 1961.

PALOMBO, A. C.: «Borda: el depósito de la justicia», en *Wikipedia*, 2008.

PREUSS, H. G.: *Práctica de la Psicoterapia Clínica*. Morata, Madrid, 1968.

SOSA, J.: «14 de colección», n.º 13: *Al mundo le falta un tornillo*, Columbia, Argentina, 2007.

OTROS DATOS DE INTERÉS

- * L. T. 22. Radio La Colifata. Memoria y Presupuesto 2008-9.
- * Radio La Colifata «rompiendo muros». Documental Francés, DVD, 2001.
- * LT 22 Radio La Colifata, «rompiendo muros», CD, 1997.
- * Promofilm la colifata TV, emitido por TELEFE, enero de 2004, DVD.
- * La Colifata «siempre fui loco», discos La tribu, 2003, CD.
- * Concierto Manu Chao, Radio Bemba, DVD doble, 8.11.05. Buenos Aires, Argentina.
- * «El living de Stellita, «actuación», La Colifata TV, DVD, 2006.
- * Apuntes de una visita a la radio La colifata, realizada, el día 15.11.08.
- * Sitios en la red: www.lacolifata.org lacolifata@fibertel.com.ar.
- * Sitio en la red de una radio colifata en España: www.linuxbcn.com.
- * El spot publicitario de «Aquarius», «El ser humano es maravilloso», en: www.youtube.com.
- * Radio La Colifata (L.T.22) Asociación civil sin fines de lucro La Colifata, Salud Mental y Comunicación. Buenos Aires, Argentina.

Capítulo XIX

LA EXCELENCIA EN LOS VALORES: DON JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO

IN MEMORIAM

Antonio Ventura Díaz Díaz

Director Fundación Academia Europea de Yuste

En momentos tan cruciales como el actual, en los que como consecuencia de la actual crisis financiera y económica que sufrimos a escala mundial comienzan a resentirse los pilares del Estado del Bienestar tal y como fueron consagrados en su día, e incluso a peligrar en detrimento de los derechos más dignos de protección de aquellos colectivos más vulnerables, debe servirnos de estímulo para crecer en valores el ejemplo dado por los grandes protagonistas de nuestra historia reciente a favor de aquella parte de la ciudadanía que en mayor medida sufre las desigualdades sociales, políticas y culturales, entre los que ocupan un lugar muy destacado las personas con discapacidad, y sus familias.

Si hemos de hablar de importantes y decisivos actores a favor de los derechos de las personas con discapacidad, y sus familias, tenemos que destacar, desgraciadamente In Memoriam, la insigne figura y personalidad de D. José Soto García-Camacho, ilustre notario, jurista, historiador del derecho, filántropo, humanista y ante todo persona, ciudadano comprometido sin ambages con su tiempo y con las circunstancias sociales que le fueron coetáneas. Ciudadano, persona, que hizo de su lucha constante y perseverante a favor de las causas sociales más necesitadas de atención y preocupación bandera y estandarte, tanto desde el punto de vista humano como de la ciencia jurídica a la que tanto tiempo y esfuerzo dedicó hasta que tristemente nos dejó.

Ciñéndonos al estricto ámbito de la discapacidad, D. José Soto García-Camacho ha sido, sin paliativos, uno de los grandes impulsores y artífices del más amplio y generoso reconocimiento, y defensor a ultranza, de los derechos de las personas con

discapacidad tanto en Extremadura como en España. En este sentido, hago más las opiniones que respecto a su figura confiesa mi querido amigo Francisco de Jesús Valverde Luengo, Presidente de FUTUEX, pues bien es verdad que una vez *«consolidada su carrera profesional, no se conforma y asume el decanato de los notarios extremeños, y sigue investigando, trabajando, publicando. Ahí está su trabajo sobre el Fuero del Baylío y, en estos años de nuestra amistad, su dedicación al Congreso Permanente sobre Justicia y Discapacidad, y sus aportaciones enriquecedoras. Esta carrera y trayectoria le hace merecedor de la Cruz de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort. [...] Difícil olvidar las jornadas en los Colegios de Abogados de Cáceres y Badajoz, llevando con su magisterio indiscutible los temas concernientes a los derechos de las personas con discapacidad y su tratamiento jurídico. Colaborador siempre dispuesto para echar una mano en los actos y actividades que desde la Fundación para la Promoción y Apoyo a las personas con discapacidad, FUTUEX, y a través del Congreso Permanente han favorecido la mejora en la calidad de vida de las personas con discapacidad. Ha sido esta década un período clave en la conquista de derechos de las personas con discapacidad y en la defensa de los mismos gracias a personas como don José Soto García-Camacho, quien de manera altruista dedicó su tiempo y su esfuerzo en poner en valor ese derecho [...]»*.

Efectivamente, D. José fue uno de los grandes impulsores, artífice y estudioso de los derechos de las personas con discapacidad, uno de sus mayores defensores toda vez que jurista innovador y constante, y que gracias a su tenacidad y grandes dosis de saber estar y saber proponer, aderezadas con altas cotas de diplomacia y dominio de las relaciones institucionales, consiguió, entre otras muchas, la implantación en Extremadura de instituciones novedosas en España, la consolidación de organizaciones destacadas en el ámbito de la discapacidad, y nuestro posicionamiento y reconocimiento a nivel nacional en lo que a políticas sociales a favor de las personas con discapacidad y sus familias se refiere.

Permanece en mi memoria, de manera clara y nítida, aquellas primeras colaboraciones de la Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX), hoy Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad, con la Fundación Academia Europea de Yuste, en las que D. José Soto jugó un papel principal y trascendental, y en las que fueron puestas las primeras piedras que han fraguado con el tiempo los pilares de la actual «Asociación Congreso Permanente Derecho y Discapacidad», el «Observatorio Estatal de la Discapacidad», la «Oficina para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad», o la «Fundación Derecho y Discapacidad».

Desde la Fundación Academia Europea de Yuste, que en su vocación de institución del Tercer Sector Social trabaja desde su constitución en proyectos dirigidos

a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, la inmigración, el envejecimiento, así como otros colectivos desfavorecidos y en riesgo de exclusión social, desde el convencimiento de la necesaria consecución de la plena igualdad de derechos de todas las personas que conforman la Europa de los ciudadanos y ciudadanas, libres e iguales en una sociedad cada día más justa y solidaria, no dudamos un momento en emprender un nuevo camino juntos.

Un camino nuevo que anduvimos aunando sinergias, en nuestro afán por contribuir a la creación de un espacio donde el respeto, la promoción de los derechos humanos y la diversidad constituyeran un aporte esencial a los valores comunes a todas las culturas, fundadas en el respeto a la dignidad de la persona y en la calidad de vida solidaria, buscando en los resortes de la diversidad la construcción de nuevos horizontes. Y Don José Soto no cesó jamás en su afán de prestar en todo momento un especial interés a la situación de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en Europa y el resto del mundo, y la promoción de la autonomía personal, mediante la organización de cursos, congresos, seminarios, jornadas y encuentros, abordando los grandes retos de las políticas sociales, y procurando propiciar una puesta en común de nuevos enfoques y sinergias que contribuyeran en mayor medida a una mejor promoción de la autonomía personal, atención a las situaciones de dependencia, la igualdad y la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y envejecimiento en Europa y el resto del mundo.

Fruto de aquella firme determinación, nace en el año 2002 el que denominamos «Proyecto Yuste», auspiciado, promovido y desarrollado por la Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX), y la Fundación Academia Europea de Yuste (FAEY). Y a la que más tarde se sumaron el Comité de Entidades de Representantes de Personas con Discapacidad de Extremadura (CERMI-Extremadura), y la Fundación ONCE.

El «Proyecto Yuste», del que Don José Soto García-Camacho fue su Coordinador, inició su andadura en 2001 con la organización del «I Congreso Virtual sobre Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio». Bajo una división en cinco bloques temáticos («Sobre Normativa Actual», «Discapacidad y Nuevas Tecnologías», «Discapacidad y Educación», «Discapacidad y Sanidad», y «Discapacidad e Integración Social»). Se abordaron en profundidad y de manera global los aspectos fundamentales que rodean el mundo de la discapacidad. Recibió un total de 65 ponencias remitidas por expertos de distintas regiones españolas, y países como Portugal o Argentina, y más de 4.000 entradas en la web del Congreso, sirviendo como catalizador de opiniones, estudios, experiencias y propuestas.

Tal fue la repercusión de aquella primera iniciativa que en el año 2003, coincidiendo con el «Año Europeo de las Personas con Discapacidad», se puso en marcha

el «II Congreso Virtual sobre Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio». Esta nueva iniciativa de dos años de duración, también fue magistralmente coordinada por Don José Soto García-Camacho y la Comisión Permanente por él dirigida en el marco del «Foro de la Europa Social», abordando en profundidad los derechos de las personas con discapacidad, legislación, doctrina y jurisprudencia, no sólo a nivel nacional sino también abriendo el campo de estudio al ámbito del derecho comparado. En definitiva, este Congreso constituyó una nueva puesta en común a través de los cauces que ofrecen las nuevas tecnologías de opiniones, estudios y experiencias sobre el ser y deber ser de los derechos de las personas con discapacidad, consagrándose finalmente el «Proyecto Yuste» como un *Foro permanente sobre la Discapacidad y Derechos Humanos*.

De la clausura de aquel II Congreso, el 18 de diciembre de 2004, surgió la iniciativa y compromiso del entonces Presidente de la Junta de Extremadura, D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra, de apoyar no sólo la creación de la figura del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Extremadura, y su deseo de que la Institución fuera encarnada por quien ostentaba la Presidencia de FUTUEX, D. José Javier Soto Ruiz —Un digno reconocimiento a su brillante y meritoria trayectoria, jalonada de innumerables galardones concedidos por los más prestigiosos organismos e instituciones tanto a nivel regional como nacional—, sino también de coadyuvar para que, finalmente, FUTUEX se convirtiera por méritos propios en el «Observatorio de la Discapacidad de Extremadura». Y como más adelante detallaré, tanto D. José Soto García-Camacho como su hijo José Javier, no sólo cumplieron con los deseos expresados por el Presidente de la Junta de Extremadura, y compartidos por la mayoría del Movimiento Asociativo de la Discapacidad de nuestra Región, sino que fue más allá logrando aunar sinergias con la Fundación Academia Europea de Yuste.

En este contexto, en el año 2005 da comienzo el «III Congreso Virtual sobre Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio», en el que la Comisión Permanente, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Gobierno de España, y Junta de Extremadura, aborda en profundidad la figura del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Extremadura, estableciendo tanto sus objetivos como su configuración definitiva como institución autónoma e independiente, su estructura y ámbitos de actuación preferentes.

Nuevamente, la apertura de miras que siempre ha caracterizado tanto a D. José como a su hijo José Javier propició que la nueva figura que se estaba fraguando bebiera de otras fuentes y experiencias exitosas, lo que motivó un enriquecedor encuentro de los miembros de la Fundación Tutelar de Extremadura y la Fundación Academia Europea de Yuste con Lars Lööw, Defensor del Discapacitado de Suecia

(Handikappombudsmannen), figura pionera en Europa y cuya finalidad es la vigilancia del cumplimiento de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Todo ello desembocó finalmente en la creación de la Oficina del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Extremadura, aprobada en Consejo de Gobierno Extraordinario de la Junta de Extremadura el 30 de marzo de 2005, integrada en la Fundación Tutelar de Extremadura, y configurada como instrumento necesario para la promoción y defensa de los derechos e intereses de las Personas con Discapacidad en Extremadura.

La Fundación Tutelar (Hoy «Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad»), se compromete así, a través de su Presidente, a ejercer los cometidos inherentes a la figura del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello, el Presidente de la Fundación Tutelar de Extremadura, encarnado en la persona de D. José Javier Soto Ruiz, en calidad de Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad, desempeñará desde este momento las funciones de promoción y defensa de los derechos de las Personas con Discapacidad de Extremadura, colaboración con los poderes públicos en la consecución del bienestar de las Personas con Discapacidad, emisión de informes relativos a la realidad, situación y necesidades de las Personas con Discapacidad de Extremadura, y fomento del respeto a sus Derechos y el cumplimiento de la normativa vigente aplicable, entre otros cometidos no menos importantes.

Ya en la Jornada de Trabajo «Oficina del Defensor de las Personas con Discapacidad. Reflexiones sobre el Observatorio Estatal de la Discapacidad», celebrada en el Real Monasterio de Yuste, sede de la Fundación Academia Europea de Yuste del 30 de junio al 1 de julio de 2006, tuvimos la oportunidad de conocer el ingente trabajo que en tan corto espacio de tiempo pudo realizarse desde la Oficina del Defensor, así como de los estudios y gestiones realizadas para la instauración en la Región del Observatorio Estatal de la Discapacidad, cuya gestión fue encomendada a la Fundación Tutelar de Extremadura, gracias en gran medida al Presidente de la Fundación quien fue uno de los principales exponentes y artífices de los trabajos y gestiones que derivaron en el acuerdo definitivo de ubicación del Observatorio en nuestra Región, quien supo en todo momento comprometer a eminentes asesores y expertos, entre los que ocupó un lugar muy destacado su padre, mi entrañable e insustituible amigo, D. José Soto García-Camacho.

El Observatorio Estatal de la Discapacidad, de la que D. José Soto García-Camacho fue un convencido promotor y pieza clave junto a su hijo José Javier, tiene su culmen en el Convenio suscrito en Olivenza el 4 de diciembre de 2006, entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (cuyas competencias en materia de disca-

pacidad fueron asumidas, tras la última reestructuración ministerial, por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), el Real Patronato sobre Discapacidad, la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, la Universidad de Extremadura y la Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad (FUTUEX), se configuró finalmente como instrumento técnico que la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad y Real Patronato sobre Discapacidad), pone al servicio de las Administraciones Públicas, la Universidad y el Tercer Sector, para la recopilación, sistematización, actualización, generación y difusión de información relacionada con el ámbito de la discapacidad.

En este mismo año, a mediados de 2006, resulta también meritorio el acuerdo alcanzado por el Presidente de la Fundación Tutelar de Extremadura y responsable, a su vez, de la Oficina del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad, D. José Javier Soto Ruiz, con el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz, D. José Manuel Rubio Gómez-Caminero, que permitió poner en marcha un servicio pionero en Extremadura: el Turno de Oficio Especial sobre Discapacidad. Y es que la realidad imperante puesta de manifiesto por el Defensor, claramente justificaba su creación, como así fue entendida: desde que se creó la Oficina del Defensor, en nueve meses, se recibieron más de 120 quejas, algunas de ellas por tratos vejatorios e injustos inferidos a personas con discapacidad.

Ya en diciembre de 2006, enraizado en el «Proyecto Yuste» y de la mano de D. José Soto García-Camacho como Coordinador del Congreso Permanente, Coordinador de la Comisión Técnica del Defensor y Codirector del Congreso, tuvo lugar el «I Congreso de Derecho y Discapacidad» en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz, organizado por la Fundación Tutelar de Extremadura, el Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz, y que contó con la colaboración de la Escuela de Prácticas Jurídicas del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz, y la Fundación Academia Europea de Yuste, y que facilitó la especialización de Letrados para el ejercicio profesional en el nuevo Turno de Oficio para Personas con Discapacidad.

No menos importante resulta el Proyecto sobre «Normativa Jurídica en materia de Discapacidad en Europa» (Bruselas, 18 de abril de 2008), en el que también participó de manera activa D. José Soto García-Camacho, y en el que la Fundación Academia Europea de Yuste, en el marco del «Foro de la Europa Social» —que constituye un espacio donde el respeto, la promoción de los derechos humanos y la diversidad conforman un aporte esencial a los valores comunes a todas las culturas europeas en general, fundadas en el respeto a la dignidad de la persona y en la calidad de vida

solidaria—, en colaboración con la Fundación Tutelar de Extremadura (FUTUEX) y la Fundación del Consejo General del Notariado para la ayuda de las personas necesitadas de especial protección (Fundación Æquitas), llevan a efecto la realización de un proyecto cuya pretensión principal era la realización de un estudio de investigación sobre el derecho privado de la discapacidad, en colaboración con distintos docentes de la Universidad Carlos III. Estudio de investigación y recopilación de la normativa del derecho privado en el ámbito europeo, desde la óptica del derecho comparado, prestando especial atención a la legislación en materia de discapacidad de Portugal, Italia, Francia, Austria, Reino Unido y Alemania. Todo ello, en el contexto y ámbito del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos.

El afán por el conocimiento, estudio y análisis del derecho comparado, a fin de proponer mejoras en nuestro sistema de protección de derechos legalmente establecidos, y reconocimiento de otros nuevos a favor de las personas con discapacidad, constituyen un fin en sí mismo tanto en la trayectoria de D. José Soto García-Camacho como en la de su hijo José Javier, quien siempre tuvo en su padre el ejemplo vivo de la constancia y la perseverancia, la apertura de miras, y la seriedad, rigor y brillantez en los estudios jurídicos. Ello materializó en la Colección «Capacidad Jurídica y Discapacidad: Un estudio de Derecho Privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», presentado por el Congreso Permanente sobre Derechos Humanos y Discapacidad, y la Fundación Universidad Carlos III, en Madrid, Palacio de los Duques de Pastrana, de la ONCE, el 11 de marzo de 2009, y que contó con la colaboración de la Fundación Academia Europea de Yuste, la Fundación Tutelar de Extremadura, y la Fundación del Consejo General del Notariado para la ayuda de las personas necesitadas de especial protección (Fundación Æquitas).

Esta recopilación de la normativa del derecho privado en el ámbito europeo, bajo la autoría de Rafael de Lorenzo García, Miguel-Ángel Cabra de Luna, Blanca Entrena Palomero, Almudena Castro-Girona, y dirección de José Javier Soto Ruiz, y con la coordinación y recopilación a cargo de Agustina Palacios Rizzo y Francisco Bariffi Artigue, supuso una actualización y difusión sin precedentes de la legislación internacional existente en materia de discapacidad, y buena prueba de ello fue que contó en su presentación con la inestimable presencia del Presidente de la Fundación Carlos III, D. Carlos Escudero de Burón, del Presidente del Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, D. José Javier Soto Ruiz, del Presidente de Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, D. Luis Cayo Pérez Bueno, de la Directora de Relaciones Internacionales de la ONCE, Dña. Ana Peláez, del Secretario General del Consejo General de la ONCE, D. Rafael de Lorenzo García, y del Embajador de Costa Rica en España, D. Melvin A. Sáenz Briolley.

Y a esta ingente recopilación, inicio de la Colección de libros «Capacidad Jurídica y Discapacidad: un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad», que se inició con el estudio de las legislaciones de Portugal, Italia, Francia, Austria, Reino Unido y Alemania, se vio ampliado con el estudio de las legislaciones de España, Méjico, Costa Rica, Canadá, Colombia, Chile, Brasil, Argentina, Nueva Zelanda, Australia, Suecia, y Estados Unidos.

Tenemos que hacer también un reconocimiento a D. José Soto García-Camacho, y a mi juicio ser recordado por ello en este libro-homenaje, su entusiasmo, ánimo, empuje y contribuciones, a través de José Javier, para la realización y posterior publicación del «Tratado sobre Discapacidad», cuyos Directores fueron D. Rafael de Lorenzo García y D. Luis Cayo Pérez Bueno, un texto de obligada lectura, y contribución científica de referencia al servicio de la Universidad, las organizaciones sociales, los profesionales y los estudiantes, que realiza un tratamiento omnicompreensivo e interdisciplinar de las personas con discapacidad, y plantea de manera descriptiva cuestiones de actualidad en materia de discapacidad y ofrece soluciones o mecanismos discursivos para hallarlas. Un trabajo sistemáticamente ordenado y magistralmente estructurado, desde el punto de vista metodológico, que sirve, además, de guía a través de las referencias bibliográficas y de las páginas web seleccionadas, con la doble finalidad de que, por un lado, el trabajo puede ser manejado y consultado con facilidad y claridad; y por otro, facilita fuentes bibliográficas y documentales suficientemente amplias y adecuadamente seleccionadas para que se pueda profundizar y ampliar en el conocimiento de las materias. Sin duda una obra de referencia para el logro de una Europa más Social.

Este libro «Tratado sobre Discapacidad», fue presentado el día 4 de junio de 2007 en la Casa Encendida de Madrid, bajo la presidencia de la que fuera Presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas, que calificó el Tratado de «un estudio valiente y comprometido, un trabajo de investigación que cubre una laguna histórica de nuestra bibliografía y que propone una acción integral a favor de la diversidad humana».

No quisiera terminar esta breve aportación descriptiva de la extensísima e insustituible aportación de D. José Soto García-Camacho al elenco de logros alcanzado a favor de las Personas con Discapacidad, sin hacer una digresión citando algunas de las obras publicadas bajo el amparo del Congreso Permanente, cuya coordinación tan digna y brillantemente desarrolló él mismo, y que fruto de aquella tan fructífera colaboración son, entre otras: «Accesibilidad y discapacidad: I seminario Congreso Virtual Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «Mujer y discapacidad en

el entorno europeo: problemática actual en el entorno transfronterizo: Il seminario Congreso Virtual Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «Análisis sobre la nueva legislación en materia de discapacidad: III seminario Congreso Virtual Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «Conclusiones del I Congreso Virtual Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «I Congreso Virtual de Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «II Congreso Virtual de Derecho y Discapacidad en el Nuevo Milenio»; «Jornadas sobre la figura del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad»; y, «Kabul y la situación de la infancia en Afganistán», de D. José Luis de Pedro Moro.

La personalidad de D. José Soto García-Camacho es uno de los exponentes principales del compromiso por afrontar la calidad y la excelencia en los valores sociales, relacionados con la plena integración de las personas con discapacidad. Fue pionero en este quehacer. Estoy completamente seguro que, en su nombre y con sus referencias, se abordarán viejas y nuevas cuestiones con actuales enfoques, pues su coraje intelectual, su espíritu de innovación y su actitud personal ante el mundo, dominada por el humanismo se proyectaba por su honda preocupación por la defensa de la dignidad de las personas. Su trayectoria conforma una vida y una obra, que se proyecta con tan enormes convicciones, que no pueden pasar de lado para una sociedad presente y futura civilizada y decente.

Real Monasterio de Yuste, a 8 de septiembre de 2012.

Capítulo XX

JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO: LO MEJOR DE LA CULTURA DE UN PUEBLO

Domingo Barbolla Camarero

Presidente Fundación Centro de Investigación sobre la Nueva Civilización

A MODO DE EPÍLOGO

Hace unos años propuse a Don José relatar su vida, envolver en papel las múltiples facetas de esa vida cargada de genuina densidad sin los estruendos aparentes de los que habitualmente encarnan las librerías autobiográficas. Encantado con la tarea pasamos largas veladas hablando de ese largo paso del tiempo que no lo es tanto cuando se acumulan los años en la memoria de quien lo vive. Siempre se nos hace corto el pasado, este parece ser un precio por querer seguir viviendo en esta lógica por la que camina la vida, así fue en las primeras conversaciones; serán estas las que formen parte de este capítulo introductorio al homenaje de este amigo de casi todos, todo un arte en esto del convivir. Lamentablemente, el agravamiento de su enfermedad aconsejó postergar los encuentros y dejar estos escritos en los que entusiasmado pretendía finalizar. Quizás algún día, por ahora sirva de tenue luz a lo pretendido.

Truman Capote¹, sobre el escribir nos dejó dicho: «Al principio fue muy divertido. Dejó de serlo cuando averigüé la diferencia entre escribir bien y mal; y luego hice otro descubrimiento más alarmante todavía: la diferencia entre escribir bien y el arte verdadero; es sutil, pero brutal. ¡Y entonces cayó el látigo!» (*Música para camaleones*); en nuestro caso pretendemos cuanto menos que ustedes, lectores ocasionales de

¹ TRUMAN CAPOTE (1924-1984) es uno de los mejores escritores norteamericanos del siglo XX, entre otros títulos los siguientes: *Otras voces, otros ámbitos*, *Un árbol de noche*, *A sangre fría*, *Música para camaleones*.

este texto, tengan fácil acierto a encontrar la lógica de las palabras que anteceden una vida real, la de Don José Soto García-Camacho, con la suficiente individualidad que le caracterice como propia y reconocible en lo posible de un entorno cultural específico. Será nuestro acierto sin más pretensiones, pero siempre a la espera de acercarnos a esa magia misteriosa que envuelve las cosas cuando se acercan al arte.

Algunas veces los hombres necesitamos encontrar el sentido de aquellos acontecimientos vividos, previamente si esto es posible, de no hacerlo será en los puntos álgidos de reflexión el momento de encontrarlo, de no ser posible tampoco, alguien lo ha de hacer o caeremos en la locura literaria de una buena novela de seres humanos a la deriva sin ideología comprensible. A nosotros —como narrador— nos corresponde encontrar la lógica tal y como el verdadero autor de la obra nos lo aporte. No somos nadie para interpretar la interpretación de la persona relatada, apenas un dibujante de palabras al sentido de nuestro fotografiado personaje; a ello nos dirigimos, todo ello narrado para ustedes terceros en discordia y a la vez para el propio autor de la vida transmitida. Por último nosotros mismos, la pluma deslizante en el blanco papel, metáfora de las teclas de un ordenador como corresponde a los nuevos tiempos, para acercarnos, siquiera un escaso milímetro a eso llamado arte, imaginación fuera de la lógica común histórica, a historia si ha de producirse e historia comprensiva cuanto menos será la apuesta del escritor de estas páginas. No esperen, por tanto, brusquedades y secretos en una vida apacible, más bien misterios de la humanidad manifiesta en este hombre que si bien pudiera ser cualquiera de ustedes, es él expresado en su mujer, hijos, amigos y también en contraste en sus propios enemigos si los hubiera. Además, tengo que confesar desde el epílogo la amistad y admiración que le profeso, desde ahí espero ser fiel vehículo de su ser pasado y presente a la vez del futuro que sin vivirlo aún tenga almacenado en su pensamiento y en su corazón.

Para encandilarles a ustedes con este personaje en poco me he de apartar de los hechos; dejaremos hablar a los suyos, a las personas más cercanas porque entendemos que también en esa memoria está parte de lo que él es. Aún no sabemos si el mejor discurso, el más comprensible, es el comenzado por el momento irrepetible de la primera luz, del primer llanto, del primer sollozo de alegría de su madre o por el contrario, desde el presente instante de verle y sentirle comenzar como si de cangrejo de río se tratara ir retrocediendo hasta ese mismo encuentro con la vida; cualquiera de los métodos que escoja han de tener sentido y estar bien hilvanados para no perder la trama de la historia. Llegado a estos primeros pasos otra apuesta hemos de hacer, podemos escoger entre seguir el orden cronológico —ascendente o descendente— o bien partir de la propia definición del autor, ella será la sensación con mayor sentido que impregne su vida..., algunas personas se

sienten luchadoras, otras con mucha fortuna, algunos desgraciados, otros inteligentes, los hay espirituales, materiales la mayoría, felices, infelices..., y otras muchas formas de comenzar manifestando quiénes somos. Será justamente esta primera definición el hilo conductor de otros muchos acontecimientos, lógica tiene por tanto dar importancia a estas primeras palabras de presentación.

También hay otro camino en esta primera y fundamental encrucijada, podemos ir a salto de mata, a modo de guión cinematográfico de los de ahora; primero una edad, esta nos lleva a otra lejana en el tiempo o más próxima, otro acontecimiento que la memoria enlaza hasta completar un periodo que nos permita dar por concluida una fase, a modo de etapa, de la vida de Don José. Creo que esta apuesta tiene algo más de encanto, eso sí, la dificultad puede ser mayor al tener que mantener la tensión del lector sin perderle en laberintos de acontecimientos dispersos unos de otros, al fin y al cabo nada tiene sentido en una vida de no encontrárselo y admitirlo como tal. Ya es bien sabido que el hombre es lógico de sentido, nada nuevo digo con ello, pero sí conviene manifestarlo para no caer en la fabricación de sueños, sean estos los de nuestro informante o los propios al intentar buscar el sentido de tales o cuales acontecimientos narrados por nuestro autor. Una vez decidida la metodología a emplear seguirá a este epílogo la lógica descrita en ella misma, será después de acabar el libro prometido, mientras tanto esperemos el desenlace.

Una pequeña cosa más, si bien por formación algo hemos aprendido de sociología, antropología, psicología social y teología, aquí, en estas páginas, han de prevalecer el ajuste a los hechos con sentido tal y como el propio autor las ha vivido —el aspecto emic decimos desde la antropología—, mas hemos de decir que nuestra pretensión también es dotarlas de todo el ropaje literario posible para mostrar a través de ello, y si esto es posible, el espíritu de un hombre, de uno concreto y no hay mejor instrumento que el perfume de las palabras cuando estas consiguen transportarlo.

Palabras a modo de ofrenda a la vida inteligente, nunca sabremos dónde conducen las mismas, si una vez dichas vagan errantes por el espacio exterior a nosotros o si en un acto de pura magia desaparecen al igual que lo hacen aparecer. Vientos desconocidos nos acercan a la vez que nos alejan de esta magia inconexa, ellas son el apéndice básico para ordenar el tiempo incluso prolongándolo hasta ese eterno después que llamamos muerte, Serán las palabras los pulsos mostrantes de nuestro vivir, del vivir de José, de ahí el sentido —quizás el único— de escribir estas páginas espolvoreadas en un tiempo indefinido cuando desaparezcan los recuadros culturales de este momento del nosotros; ellos, los otros, los de otro tiempo, descubrirán a un hombre concreto en una sociedad específica y no dejarán de asombrarse como lo hacemos ante aquello lejano y merecedor de ser preservado y la vida ordenada

y continuadora en sus hijos, lo es. Poca importancia damos a los eslabones de la cadena humana que preserva la vida, apenas aparece en los titulares de los medios de comunicación, mas las experiencias individuales que no engendran continuidad adolecen de la misma, no todas, pero sí buena parte de ellas; es la fuerza que nos impulsa a dejar presente pasado el nuestro, él lo sabe y por ello es saboreador de este gran acontecimiento: su primera conquista, no la única, esas otras acontecen para beneficio directo del resto de sus contemporáneos, veremos algunas.

QUIÉN FUE DON JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO

En 1997 en el libro Informe sobre El Fuero del Baylio, escrito por Don José y en la carátula del texto se dice: «José Soto García-Camacho es uno de los juristas extremeños de mayor prestigio. Recientemente distinguido por el Ministerio de Justicia con la Cruz de San Raimundo de Peñafort, en la actualidad desempeña su función notarial en Badajoz. Nacido en Don Benito, ha ejercido su profesión principalmente en Extremadura. Fue Notario de Olivenza, enclave fundamental del Fuero del Baylío. Emprendedor en la Cultura, fue promotor y primer Presidente de la Asociación de Amigos de la Cultura Extremeña, impulsando a través de la misma la legalización y desarrollo de LA FEVAL. La publicación del «Cancionero Popular de Don Benito», la Revista Ventana Abierta..., son fruto de esas iniciativa desinteresadas»². En la misma presentación del Informe se sigue hablando en estos términos: «Qué mejores páginas que aquellas que hablen de nuestra gente, de nuestra tierra, de esto nuestro que nos hace diferentes y nos completa en los otros. D. José Soto García-Camacho es esta gente nuestra, de siempre, forma parte del paisaje extremeño como si de los vientos se tratara, como sus encinas y alcornoques, como su clima siempre benigno. D. José es Extremadura, su bondad es la bondad de nuestras gentes y su talento engloba a los muchos que callados explotan la vida, sus costumbres, y lo hacen resaltando lo creativo y lo nuestro... D. José nos habla de la justicia extremeña en acuerdos pactados desde siempre, recoge la esencia del contrato y nos muestra su vigencia. Gracias D. José por mostrarnos este acuerdo nuestro y de justicia». En esta presentación se imprimen los primeros trazos de su rostro y sus primeros colores, serán estos los verdes tostados de las encinas centenarias, del blanco nevado de las cumbres de Gredos y del barro rojizo de las tierras regadas por la cuenca del Guadiana, sin olvidarnos del verde intenso de los arrozales y del trigo al nacer, ello

² Domingo BARBOLLA CAMARERO, «Prólogo», en *Informe sobre El Fuero del Baylio*, José Soto García-Camacho, Centro de Apoyo a la UNED, Mancomunidad Sierra de San Pedro (Cáceres), 1997.

conforma a este hombre y a su tierra, Extremadura, lugar de nacimiento y de retorno voluntario al poder escoger destino por su profesión de notario. Otros escogieron la centralidad, la voz rotunda de la capital, más José volvió de su primer peregrinar por tierras gallegas a centrarse en entornos rurales de su lugar de nacimiento y origen cultural; nada es de extrañar por tanto que con los años las personas asuman en su personalidad la extensión y los límites del propio entorno y sea fácil dibujar desde la visión cotidiana del paisaje ese otro interior que nos construye e identifica. Si hemos de verle de algún color, estos han de ser los mostrados que nos permitirán poner luz a un rostro dibujado con ideas como las que estoy exponiendo. Verde tostado, verde intenso, rojo y el azul blanquecino del propio cielo servirán, han de hacerlo, para mostrar una vida relatada a pinceladas aparentemente dispersas en el lienzo. Detrás de cada acontecimiento pondremos luz con estos colores y al acercarnos a aquellos trágicos el enmarcarlos en negro generará el realismo del momento.

A sus 74 años su vida jubilada del imperativo profesional no lo es tanto de sus otras múltiples ocupaciones, ahora, nos dice, trabajo más que cuando ejercía de notario. Al finalizar una de las tantas entrevistas necesarias para esto de bibliografiarle, allá en el comienzo de la primavera, el tiempo nos mostraba a ambos la genuina bondad del atardecer en Badajoz; olor a azahar al dejarnos caminar desde su casa al bar de la esquina en la plaza de España junto a la catedral, ¡como se agradece olvidar el frío molesto del invierno!, ¡qué suerte acercarnos al calor de nuestra propia biología! En el lugar común de la vecindad nos paramos como trabajadores en medio de la hora de descanso, un vino para José y un refresco para mí por eso de tener que conducir en breve, casi antes de acercarnos a la consumición, un vecino ya de esa edad que aventura en breve el paso a la otra realidad, nos saluda y la presentación deja paso a la invitación para el próximo lunes de una de sus actividades casi cotidianas: la muestra de los trabajos que Vicente Ferrer está haciendo en la India a favor de las personas discapacitadas y pobres en general. Hace escasamente un mes, la Oficina del Defensor de las Personas con Discapacidad de Extremadura —única figura a nivel nacional y de las pocas internacionales—, «fletó» un equipo de cuatro personas para estudiar in situ el trato que dos instituciones de solidaridad, una ya citada y otra de otro personaje altruista vasco, estaban dando a este colectivo en esa parte del mundo aparentemente desposeído de la mano de nuestro Dios. Mostrar la obra generosa de estos dos españoles está siendo posible en Badajoz —posteriormente se hará en Madrid con la presentación de un libro y un video fruto del viaje— gracias al esfuerzo de nuestro jubiloso y jubilado notario. Don José forma parte de la Oficina del Defensor, es el responsable de la Comisión Técnica, Coordinador, además del Congreso Permanente sobre la Discapacidad que también depende de la misma figura defensora de este colectiva y coordina las salidas internacionales

como esta. Mi hijo, nos dice, me mete en estos líos; bien sabemos que lo hace de buen agrado, que ocupa su tiempo en aquello que quiere hacer y echar una mano a su prolongación biológica y por una buena causa es lo mejor que sabe hacer. Está muy orgulloso del Defensor, es carne de su carne y espíritu del suyo, ¿cómo no va a correr a echar una mano a quien tanto quiere y admira? La mañana la ha pasado revisando el hotel en donde pretende celebrarse el acto, rueda de prensa con los medios regionales que se están haciendo eco del acontecimiento y preparación de un vino español para celebrarlo. El conoce bien su ciudad y a quien invitar para que el viaje a tierras lejanas no se quede en el olvido. Cuando llegue —en breve lo hará— la puesta de largo en Madrid, también ayudará en la organización, no de forma tan directa pero allí estará procurando que cualquier acto relacionado con su hijo y la discapacidad esté en condiciones óptimas para cumplir su papel de rito en el andamiaje de los valores, aquellos que nos definen como sociedad anclada en la igualdad; desde el trato humano a los desfavorecidos del sistema, y ellos lo son más que nadie, conmoviendo a otros y adherirles a esta parte noble de nosotros mismos.

En estos últimos años ha estado acompañando a su hijo en esta noble causa, ellos que no tienen a nadie en la familia con este tipo de «diferencias», esto llama la atención y por lo bajo mucho se lo preguntan, como si los que trabajan por estas personas lo hicieran desde la motivación próxima, desde alguien a quien defender, y así suele ser, las asociaciones vinculadas a las personas con discapacidad suelen ser padres, madres, hermanos... y las entrañas de la causa se abastecen de esta distancia social, ahora menos que nunca, pero siempre evidente y la conquista de espacios comunes es tarea frecuente nacida de la cotidianidad. No es este el caso de Don José y su hijo, la eficaz inmediatez no resuelve sus aciertos en el trabajo continuo por ellos, tampoco la evidencia de recuerdos familiares más lejanos; la respuesta debe estar en otros espacios del actuar humano. Tampoco es infrecuente que las personas más favorecidas por el sistema, por el cauce cultural que determina que es o no recompensado, aporten en forma de tiempo, recursos y energía ese extra a los que consideran no tan afortunados, nace así un prototipo de hombre generoso, igualador si cabe, justo en sus principios de reparto que para sentirse conforme a sus valores y a lo mucho que reciben se antojan dedicar parte de su capital social acumulado a ellos, a esos otros plagados de compasión al mirarlos y al mirarse. Saben que siempre la mirada es de ida y vuelta, y al saberlo se sienten otra vez injustamente recompensados por lo mucho que reciben en forma de afectos y empatía. Nunca la generosidad es tan ampliamente recompensada como cuando uno se dedica a recomponer el orden moral en la práctica diaria de los que menos tienen, menos en su término más denso y de menos valoración en su conjunto. Don José atribuido del frescor de su hijo varón encauza desde la participación activa en esta

causa de generosa recompensa, seguramente no es consciente de su mirada y del tono de sus palabras cuando habla de ellos en la ternura cotidiana que recoge en muchos de los casos que encausa su defensa; hoy mismo al mostrarle un trato injusto su rostro recompuso la rabia por la injusticia misma que relataba, ya forma parte de su alma, casi, estoy seguro, sin saberlo.

Su amigo participará en el evento traído de la India, no tanto por el acontecer lejano como por el cariño de amistad manifiesto, así unos y otros acompañarán a este padre y a su hijo o más bien a este hijo y su padre seguidor como fan adolescente. Los dos forman esa magia que une, sin saber muy bien el por qué, pero unos y otros vamos a ese y a otro cualquier evento en el que ellos nos muestren. ¿Qué hace que estos dos joses atraigan a hombres y mujeres de lejanas vecindades?, la amistad todo lo puede y ellos son generosos como pocos en el trato, en la atenta escucha ante lo importante relatado y hasta valorado como tal cualquier mínimo acontecer, así tratados nos adherimos a cualquier bandera que nos pongan por delante. Admiro de ellos esta elegante trato a la amistad, esta continua historia en cuidar delicadamente a los que les importan; suerte tenemos en formar parte de su magia, en dejarnos envolver por el misterio que les pertenece como pocos, hasta la edad es consejera cercana cuando esta se distancia en el nacimiento.

SOBRE SU HERENCIA CULTURAL

Años posteriores será la enfermedad, leve está en apariencia, quien condujera al otro espacio a nuestro querido amigo; apenas dio importancia a la misma hasta que la llamada se hizo más persistente y nos dejó en la orfandad no querida. Don José nos privó de su empuje y generosidad a todos aquellos que merodeábamos de una u otra manera por su vida, atrás quedo su participación en la Fundación Tutelar de Extremadura, embrión de la Oficina del Defensor de las Personas con Discapacidad, el I y II Congreso Virtual Derecho Discapacidad en el Nuevo Milenio, Seminario sobre accesibilidad, mujer y discapacidad celebrado en Olivenza, análisis sobre legislación y discapacidad, Publicaciones. Visita de la Reina a la inauguración del Observatorio Estatal sobre la Discapacidad. D. José nos acompañó en enero del año 2005 a Suecia a visitar del único Defensor de las Personas con Discapacidad que tenía Europa, encargándose de la embajada de España en Suecia, al igual que las embajadas de España ante la Santa Sede y ante el estado Italiano en un viaje posterior con el mismo fin. En estas actividades en las que compartí alguna que otra tarea, era la persona de referencia más allá de su propio hijo al que amaba y admiraba, un dúo perfecto que hizo cambiar la cultura sobre discapacidad en Extre-

madura. Fue siempre la cara amable del grupo, la experiencia constante en el buen trato dispensado a todos, la bandera en la que reseñar nuestras aspiraciones en el trabajo por el trato injusto dado a las personas con alguna discapacidad. José, en el trato cotidiano de los que le queríamos, supo representar unas aspiraciones de una sociedad catapultada a la élite de aquellas que buscan eliminar barreras en la convivencia, sean estas las que fueren. Como nadie nos mostró el camino en esta noble tarea de diálogo entre nosotros para dejar espacio a los que no tienen la voz de la normalidad; embajador de todos para a todos incorporar a la cultura posible de la igualdad. Esta fue su tarea hasta los últimos momentos de su vida, tarea que nos deja como herencia a vigilar, a estar atentos a su cumplimiento si hemos de honrar su voluntad, de nosotros depende ahora.

En nuestras manos queda su legado, la interpretación jurídica de lo conseguido en el trato igualitario para todas las personas que tienen alguna discapacidad, para todos aquellos que por nacimiento, accidente o el mero transcurrir de los años, tengamos que necesitar de entornos adaptados para sobrevivir en dignidad. D. José, pudo quedarse en núcleos de poder y no lo hizo, disponer de su tiempo únicamente para los suyos y lo disperso en múltiples actividades culturales y benefactoras para los más. Aprendió del dolor cuando llegó para relativizar cualquier otro acontecimiento, forjando un carácter comprensivo de atenta escucha a cualquier que hoy se cruza en su camino. ¿Acaso no nos muestra la cara más amable de nuestra propia identidad como pueblo? Los que como él se quedaron forman una maraña cultural a tener en cuenta, imprescindible para entender el presente de esta tierra y soñar en ella misma con un futuro mejor. Gracias D. José por volver y por formar parte de la historia desde fuera y desde dentro, dualidad enriquecida y depositada en la cultura de su pueblo, el nuestro, lo mejor de lo nuestro.

Capítulo XXI

DON JOSÉ

Francisco de Jesús Valverde Luengo

Presidente de la Fundación para la Promoción y Apoyo a las Personas con Discapacidad.
FUTUEX

Conocí a Don José a través de su creación más querida, su hijo José Javier. Y a José Javier, gracias a una causa que ha dado sentido a mi vida y en parte, a la suya, la defensa de las personas con discapacidad.

Alrededor de esa inquietud, de esa ocupación y preocupación, está girando mi amistad y relación humana con la familia Soto Ruiz, cuyo patriarca Don José ha sido, y seguirá siendo en el recuerdo, faro, guía, y obligado referente.

Precisamente, en Don Benito, cuna de José Soto García-Camacho, y con motivo de una convivencia final de los Juegos Extremeños del Deporte Especial, Manolo López Risco, amigo del alma, me presentó al joven notario José Javier y gracias a la empatía inmediata que se estableció entre nosotros entré en esa familia.

La sonrisa amable, abierta de Don José comenzó a serme familiar y entrañable. Su oratoria, su sentido de la institucionalidad, su elegancia en la presentación de los actos, conferencias, jornadas, sus resúmenes impecables en congresos y comunicaciones, fueron haciendo magisterio entre los que le escuchábamos, ávidos de aprender.

Pero antes de todo esto y de haber tenido la suerte de conocerle, tratarle y considerarme su amigo, Don José portaba una trayectoria profesional plena y exitosa. Yo le conozco en una madurez serena, con una carrera profesional en las más altas cotas, con una familia cariñosa y aglutinada en su alrededor, con nietos y nietas, que le «miman» y él se deja, consciente de que su Familia es su mayor éxito, lo más grande que ha tenido en su vida. Todo lo demás, bien está, se lo ha trabajado, lo ha hecho con cariño. Consolidada su carrera profesional, no se conforma y asume

el decanato de los notarios extremeños, y sigue investigando, trabajando, publicando. Ahí está su trabajo sobre el Fuero del Baylio y en estos años de nuestra amistad, su dedicación al Congreso Permanente sobre Justicia y Discapacidad, y sus aportaciones enriquecedoras. Esta carrera y trayectoria le hace merecedor de la Cruz de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

Recuerdo con afecto nuestro encuentro, en el autocar que desde Jarandilla de la Vera nos llevó a Yuste con motivo una de las entregas del premio Carlos V. También esas tierras veratas fueron escenario de su vida y me lo contaba, según íbamos ascendiendo a Yuste desde Cuacos. Y comentábamos la «suerte» de haber nacido en Don Benito, diócesis de Plasencia, haciendo, yo, un énfasis jocoso y orgulloso de tal coincidencia por mi condición de «placentino».

Siempre aproveché los desplazamientos a Madrid, que fueron varios, en los que compartimos autobús, para asistir a actos y entregas de premios que su joven hijo iba consiguiendo gracias a su dedicación al colectivo de las personas con discapacidad. Y era fácil comprobar su alegría y satisfacción por esa trayectoria de José Javier, que el aprobaba, compartía, e impulsaba.

Difícil olvidar las jornadas en los Ilustres Colegios Oficiales de Abogados de Cáceres y Badajoz, llevando con su magisterio indiscutible, los temas concernientes a los derechos de las Personas con Discapacidad y su tratamiento jurídico.

Colaborador siempre dispuesto para echar una mano en los actos y actividades que desde FUTUEX y a través del Congreso Permanente, han favorecido la mejora en la calidad de vida de las personas con discapacidad. Ha sido esta década, un período clave en la conquista de derechos de las personas con discapacidad y en la defensa de los mismos, gracias a personas como Don José Soto García-Camacho, quien de manera altruista dedicó su tiempo y su esfuerzo en poner en valor ese derecho.

No estaría completo este esbozo de homenaje a Don José, si no vuelvo a hacer mención, a su Familia. Y esa Familia, tuvo su origen en la unión con Doña Cristina, su esposa, madre de sus hijos José Javier, Marichel y Cristina, y compañera siempre a su lado, con la dulzura y cariño que Doña Cristina siempre hace gala y que trasciende más allá de los miembros de su familia y nos llega a todos los que tenemos la suerte de contar con su amistad. Esposa siempre atenta, pendiente de Don José, solícita y vigilante de su salud, esa que le ha faltado en última instancia y nos ha arrebatado a un hombre que todavía estaba «acto para el servicio» a los demás.

En mi recuerdo quedan las escenas más alegres de nuestros encuentros y vivencias comunes, la noche de verano en Isla Canela, todos juntos, su familia y la

mía, cuando se estaba fraguando la publicación del «Una Historia de Ana», gracias a Cristina y José Javier, con el aplauso de todos y especialmente de Don José.

Vivencias en Roma, en Olivenza, en Badajoz, en Plasencia, en Madrid... eso es lo que queda, el recuerdo de un hombre que supo hacer de su vida un ejemplo para los demás, en especial para sus hijos y nietos, en especial para José Javier y todos aquellos que tuvimos la suerte de conocerle, tratarle y ser objeto de su generosa amistad.

Descanse en Paz Don José, José Soto García-Camacho, notario, escritor e investigador, conferenciante, esposo, padre, abuelo... AMIGO.

Capítulo XXII

A LA MEMORIA DE DON JOSÉ

Antonio Briones

Mi recuerdo entrañable desde la nostalgia de un amigo que nos ha dejado y, que estoy seguro, que disfrutara, como hombre de bien, de una merecida bienaventuranza.

Don José, hombre del foro y de letras, dio testimonio en su vida como fedatario público con un gran ejemplo profesional y, especialmente humano, capaz de construir una sana familia a través de sus hijos y, tuvo siempre como cooperadora necesaria, a su mujer Cristina. Sus amigos le respetamos por sus grandes conocimientos, le quisimos por su entrañable afecto y por sus profundos juicios de valor sobre las dudas que continuamente nos ofrece la vida.

Aunque las cosas calladas están mejor dichas, mi testimonio de respeto y de íntimo afecto a este PROCER de Extremadura, a la que tanto amo, y que nos enseñó a querer a los que venimos de otras tierras.

Su ejemplo, estoy seguro que, nos servirá ahora y en el futuro.

TERCERA PARTE

Vida y obra de D. José Soto García-Camacho

Capítulo XXIII

ESCRITOS DE D. JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO

José Soto García-Camacho †

Notario

Coordinador Congreso Permanente Discapacidad y Derechos Humanos

Coordinador de la Comisión Técnica de la Oficina del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Titular del Servicio de Atención al Usuario del Colegio Notarial de Extremadura

1. PRÓLOGO: *CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD: SUECIA. UN ESTUDIO DE DERECHO PRIVADO COMPARADO A LA LUZ DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CUADERNO DE TRABAJO N.º 11. SUECIA. FUTUEX (FUNDACION PARA LA PROMOCION Y APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD), BADAJOZ, 2009*

Para cualquier persona relacionada con el mundo de la discapacidad y, especialmente si es jurista, el análisis de la legislación sueca y la observación de la forma de actuar de los órganos encargados de la defensa y protección de los derechos de las personas discapacitadas en Suecia es una satisfacción, y lo era más en octubre del año dos mil cinco, fecha de nuestra visita a ese país y apreciar sobre el terreno tales circunstancias, bajo el impulso y motor del Presidente, entonces de la Fundación Tutelar de Extremadura, José Javier Soto Ruiz.

En principio se trataba de analizar la figura del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que el Presidente de la Junta de Extremadura había propuesto crear, recogiendo la idea de varios autores, entre ellos de Martínez Pereda, que indicaban tal figura como digna de análisis. Creación de la figura en Extremadura «no como cargo institucional, sino que se pondría en manos de Futuex —Fundación Tutelar de Extremadura—, con potestad para dirigirse a cualquier cargo de la Admi-

nistración y exigirle que actúe en el momento que tenga conocimiento de algún caso que lo precise». Ello llevaba consigo una serie de interrogantes tanto en cuanto a la figura, funciones, obligaciones de Administración y Defensor, facultades, relaciones con el mundo asociativo del que surge y se nutre Futuex. Y tales interrogantes no solo en cuanto a Futuex y su Presidente sino también en cuanto a la propia Administración y especialmente a los juristas de la misma, todo un desafío, que no podía resolverse sin un conocimiento exacto de la única legislación que había desarrollado la figura del Defensor y tenía conocimiento de su bondad por la experiencia de años de su creación, la legislación sueca. Y al mismo tiempo era la oportunidad de ver in situ el modelo sueco en relación con la discapacidad: accesibilidad, empleo, comportamiento social, medios económicos, etc., etc. Se trataba, en definitiva, de hacer un análisis no solo de la legislación sueca, tan escasa como transversal, sino también de palpar la realidad sueca, que consecuencias prácticas había sido el fruto de una legislación y la voluntad de aplicarla. La realidad es mucho más que el estudio de unas líneas de un Boletín o similar; el modelo hay que buscarlo en la letra y, especialmente, de lo que se ha derivado de ella, de su cumplimiento y de la colaboración de la sociedad y sus agentes.

Visitamos Suecia, un grupo de personas relacionadas con los aspectos fundamentales de la discapacidad, en jornadas de trabajo a destajo, con espíritu crítico, y para evitar equívocos de interpretación, acompañados de una intérprete, natural de Suecia, con vinculación y residencia en Extremadura, esposa de un representante de Aprosuba-3, ella y su esposo supieron trasladar fielmente las palabras e ideas de los representantes suecos en su propio idioma. La impresión, de entrada, es tremenda. Buzones de Correos, cajeros de Bancos, teléfonos, cobro de aparcamiento... a la altura de discapacitados en silla de ruedas, estaciones de Metro perfectamente accesibles, discapacitados acompañados siempre por otra persona, espacios diferenciados en calles, puentes... para bicicletas y peatones, inexistencias de grandes residencias despersonalizadas, casas o pisos tutelados. Instituciones y edificios dedicados a recoger todos los adelantos e innovaciones, en materia de comedores, teléfonos, ordenadores, hasta la forma de concebir o solicitar un menú para comidas, sin importar el país o la entidad que lo investiga, todo un mundo que, en sus manifestaciones se va copiando en la mayoría de los países pero que para ello, debe tenerse en cuenta los factores determinantes en Suecia: un reconocimiento de las propias limitaciones. En algunos aspectos reconocen la superioridad de otras legislaciones, especialmente anglosajonas. Lo que supone un conocimiento de los demás, si bien, por propio estímulo, prefieren suplirlo mejorando lo que existe en Suecia, apoyándose en sus tradiciones. En definitiva aspecto dinámico, no recrearse en lo conseguido. Así, en materia de accesibilidad, reconocimiento de sus deficiencias en cascos antiguos y en

otros aspectos, frente a lo cual han creado un plan con multitud de organismos, que canalizaran sus actuaciones a través del Defensor y que culminará en dos mil diez.

Concienciación social, de cumplimiento de las leyes. No es ajeno a ello una larga trayectoria de protección ni la existencia efectiva de sanciones por incumplimiento.

El concepto de protección prima sobre la necesidad de una declaración de incapacitación. Si una persona solicita una subvención, un derecho, es el mismo funcionario el que aprecia si está en condiciones de obtenerlo, lo que implica que está ya apreciando su capacidad o discapacidad, sin perjuicio de que pueda ser posteriormente impugnado, por tanto estamos prescindiendo de todo lo que conlleva un procedimiento de incapacitación. Esto es así. Protección antes que seguridad jurídica. Volveremos sobre el tema.

Medios económicos. Suecia se ha volcado en la protección integral del discapacitado. Lo cierto es que están consiguiéndolo. Es un reto, es posible.

Todo lo anterior exige una indicación, no pormenorizada, pero si, al menos, lo suficientemente explicativa, tal como resulta de apreciación personal y la de los técnicos que nos acompañaron.

Accesibilidad

La idea en esta materia es la de accesibilidad desapercibida; las soluciones en rampas, acerados... se integran de modo natural, como una de las circunstancias normales. Estocolmo es una ciudad accesible; quizás en ello influya, según Antúnez¹, el uso generalizado o masivo de la bicicleta; las mismas rampas que facilitan el medio de desplazamiento actúan a favor de sillas de ruedas, andadores o muletas. Ello es cierto, sin olvidar la gran cantidad de dinero que se dedica a ello, especialmente por los Ayuntamientos, y la colaboración ciudadana. Y no creemos utopías, los planes generales no solucionan en Suecia, como en todos sitios, totalmente el problema de las ciudades, la existencia de edificios históricos o barrio antiguo implica la necesidad de planes y actuaciones puntuales; no existe la perfección sino la voluntad de solucionarlo y el dinero preciso: en Estocolmo, durante los siete años anteriores a la fecha de nuestra visita se han invertido en el tema unos once millones de euros. La aclaración que nos facilitan es que existe conformidad de todos los partidos políticos.

¹ Roberto ANTÚNEZ HORCAJO, Licenciado en Derecho. Miembro de la Comisión Jurídica de Futuex, «Un encuentro entre dos culturas», 2007, pág. 37, *La ciudad de Estocolmo y la discapacidad*.

Según el profesor de la Universidad de Extremadura, Domingo Barbolla, en un examen comparativo entre Estocolmo y las ciudades extremeñas de Cáceres y Badajoz, ni Estocolmo es el cielo ni las ciudades extremeñas son el infierno, pero a tenor de lo mostrado podemos aprender que Estocolmo, desde el pedaleo cultural de décadas tiene más fácil el contemplar medidas que rehabiliten el hábitat normal de la ciudad. Después de indicar los avances en las ciudades españolas, sobre todo en las zonas de nueva construcción y urbanización, reconoce que lo primero que sobresale en nuestras ciudades es el automóvil como rey de la calle, mientras que en Suecia se ha logrado la armonía entre vehículos, bicicletas y personas, añadiendo que si bien su informe, apoyado en unas trescientas fotografías, se refiere a aspectos físicos, hay que tomar conciencia de las barreras que existen en otros parámetros, como es en la sociedad digital. La llamada brecha digital acrecienta las diferencias entre personas con posibilidad de acceso y aquellas que alguna discapacidad, ceguera, parálisis cerebral, les hacen situarse en el aislamiento de la nueva conformación social centrada en los intercambios digitales. En Suecia, en aquella fecha, el ochenta por ciento de la población tiene acceso a Internet, mientras que en España no llegábamos al cuarenta y en Extremadura al treinta por ciento.

Residencias y pisos tutelados

En 1995 se suprimieron en Suecia las residencias para discapacitados, siendo sustituido el sistema por el de pisos tutelados, que se compagina con la posibilidad de optar por la permanencia en su domicilio con la correspondiente ayuda, en determinados supuestos. La idea de los pisos tutelados implica vivir en sociedad, compartir vivienda con personas distintas en su forma de vida, pero que permanecen en su misma ciudad de residencia habitual y que tienen en común el ser discapacitados. Hay que reconocer que la familia y su protección es el ideal en teoría pero en la realidad, en numerosos casos, la familia es excesivamente proteccionista; apoyada en posibilidad económica o en otras circunstancias subjetivas, variables, los padres aíslan al hijo en las edades claves de desarrollo, miman o los dejan en manos de personal no cualificado, con la correspondiente falta de sociabilidad, autodefensa... encontrándose el discapacitado, a falta de los padres bien a merced de la voluntad de otros parientes y, en su defecto o sin medios económicos o de salud en situaciones irreversibles que hacen imposible, a veces, incluso la aplicación de pisos tutelados. El problema es lo suficientemente complejo para que se den pautas ideales, las situaciones familiares son tan complejas, que lo único que cabe exigir de los poderes públicos es la máxima atención. Y en este sentido reconocer que el sistema sueco es digno de elogio y el hoy seguido por los países desarro-

llados. Transcribimos palabras de Eva María Nevado², Licenciada en Ciencias de la Información: «...es innegable que conseguir que una persona discapacitada, con el apoyo de personal especializado, pueda hacer una vida totalmente normal y que no le relegue al día a día de su residencia, es el primer paso hacia una integración total y una vida independiente».

Cuando se habla del sistema de pisos tutelados no se concibe, en Suecia, como actuación aislada, sino que va unida a la existencia y funcionamiento de centros ocupacionales, de centros donde se procura recoger las innovaciones, de centros donde se enseña a los padres a adaptarse a la situación familiar y después a comportarse en la medida de lo posible tomando como punto de referencia a su hijo.

No voy a entrar en todas las ventajas que presenta el sistema sueco. Solo analizar, su posible adaptación o no a la legislación española y a otras, cuestión que motivó nuestro estudio en la visita a Suecia.

Para ello es necesario acudir a la publicación que se hizo por Futuex, «Un encuentro entre dos culturas», donde se recogió un resumen de lo que es el sistema sueco y de lo que podemos aprovechar del mismo. El problema es económico y de no establecerlo de forma radical sino gradual, cuando se esté seguro de la posibilidad de hacerlo lo que sí parece indudable es que no es posible la privatización del sistema por la falta de rentabilidad. En Suecia la gestión compete a los Ayuntamientos, así como su financiación. Esto es impensable en España. La aplicación de la Ley de Dependencia vincula al Poder Central y Autonómico en la materia. Es un problema de configuración política de cada Estado y a ello habrá que ajustarse. Pero reconociendo que es la única solución. Se reconoce por las autoridades suecas que la sustitución de residencias por pisos tutelados se hizo de una manera brusca, teniendo en cuenta que supone una multitud de gastos y de personal, un sacrificio excesivo para los Ayuntamientos. Pero citan como ejemplo que cuando se planteó el problema los Ayuntamientos no quisieron desprenderse de su competencia, ya se resolverá, dijeron, el problema económico.

Hay una apreciación, que considero básica, «...en España el servicio a una persona discapacitada suele ir acompañado de una excesiva aplicación de horarios, normas, hábitos y otras prácticas que en muchas ocasiones parecen dirigidas a facilitar la vida a las personas que prestan este servicio y no la de los usuarios... en Suecia existe una mayor intervención en las decisiones que le afectan y en el entorno que le rodea, respetando su intimidad y derecho a decidir... aunque esto pudiese suponer

² Eva María NEVADO SÁNCHEZ, Licenciada en Ciencias de la Información, «Un encuentro entre dos culturas», 2007, pág. 161, *Informe de la visita a la ciudad de Estocolmo*.

un esfuerzo añadido para las personas que sin lugar a dudas están realizando una gran labor en el desarrollo de sus habilidades», Sofía Persson³.

Actuación judicial

Se ha indicado ya que en Suecia, cuando se trata de acudir a ayudas asociadas a personas con discapacidad no es necesario, en principio, acudir al procedimiento de incapacitación. Este procedimiento de incapacitación judicial, tal como está configurado en España y en algunas otras legislaciones, fruto de la concepción del sistema de tutelas como sistema único de protección tutelar vía judicial tiene un origen legítimo y necesario como medio de supresión del sistema familiar, que tantos abusos ocasiono, pero que debe ser hoy objeto de debate, no en cuanto a su sustitución, sino en cuanto a modalizar algunas de sus manifestaciones, el carácter contencioso del procedimiento de incapacitación, su desarrollo, los términos de demandante y demandado su articulación como único sistema no admitiendo en algunos casos la actuación familiar. Un sistema tutelar como sustitución del discapacitado y no de apoyo sostenido por la Convención de Naciones Unidas. Todo un mundo para analizar y desarrollar. Sin perder el principio de seguridad, del que en algunos aspectos se olvida el sistema sueco, pero abriendo los ojos a experiencias de otros países, y sobre todo a una interpretación de dicha Convención, no solo en su letra sino también en su espíritu, ver las necesidades comunes, las experiencias interesantes, el modo de proceder según las circunstancias de cada país, que pueden ser aplicables a otros muchos que se encuentren en circunstancias análogas, lo que nosotros podemos aportar, el establecimiento de sistema único o federal o autonómico. En Suecia todas las personas físicas mayores de edad gozan de capacidad jurídica lo que incluye la capacidad de obrar. De forma pionera abolió el régimen general de tutela vigente en la mayoría de los países, para reemplazarlo por un régimen de consejeros legales o, en su defecto, por un régimen de guarda y administración, estamos vislumbrando lo que la Convención establece. El análisis de la realidad sueca ya nos hizo pensar si el sistema de seguridad, las medidas de garantía, el mayor control de la tutela tiene que implicar una mayor flexibilidad, tanto en cuanto a los supuestos en que es necesario el procedimiento de incapacitación, la necesidad absoluta del carácter contencioso del mismo. El sentido común nos obliga a mirar a nuestro alrededor y ver las distintas soluciones ofrecidas por distintos países pioneros, porque ello facilita el camino a recorrer La tarea emprendida por el Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos en el sentido expuesto es un empeño digno de

³ Sofía PERSSON, «Un encuentro entre dos culturas», 2007, pág. 167, *Informe*.

apoyo. Ya en su fase primera de recogida de la legislación de multitud de Estados es una labor apasionante. Sirva de ejemplo: cuando hemos expuesto el proyecto y los principios que se defienden por las Fundaciones Albear, Futuex, Aequitas, con la colaboración de la ONCE, la Academia Europea de Yuste, la Universidad Carlos III y otros muchos. Tal como lo hicimos en la Universidad de Posadas, Argentina, comarca de Misiones, ajena a lo circuitos habituales, despertó una expectación inusitada y no esperada por los que asistimos humildemente a tener un contacto con la zona y con la Facultad de Educación Especial, y para informarnos de la situación de los pueblos aborígenes en Misiones. Fue necesario sostener varias entrevistas radiofónicas, de la prensa local y rechazamos una entrevista en Televisión por motivos de tiempo. La iniciativa de José Javier Soto sirvió para la firma de un preacuerdo de colaboración con dicha Universidad y el deseo mutuo de convertirlo en el presente año dos mil nueve en Convenio amplio al que se adhieran todas las Entidades que estuvieron presentes, empezando por representación municipal y regional y estatal y terminando por asociaciones de todo tipo.

El ejemplo que se ha expuesto nos ha alejado del fin principal, el estudio de la legislación sueca. Y no solo de su legislación, sino, es fundamental, de su aplicación práctica. La empresa estatal de empleo, Samhall, el Centro de adaptación para familias con hijo discapacitado, el Centro estatal de ayudas técnicas, Klara Mera, el Centro ocupacional de empleo Glasade Gangens, Todo un ejemplo de saber hacer y con imaginación. Ahora bien, hay una institución que fue objeto de un análisis detenido, la figura del Defensor de los derechos de las personas con discapacidad y sus posibilidades de adaptación en Extremadura. Examinemos tal figura y lo que se ha hecho en España:

En primer lugar, ¿es una figura útil? No nos detengamos en cifras, suficientemente conocidas, de discapacitados, y no olvidemos añadir los familiares y a todos aquellos que sufren discriminación por motivos de discapacidad, no solo por discapacidad, utilizando terminología de la Convención de Naciones Unidas. La diferencia de los conceptos tradicionales es esencial para establecer qué legislaciones tienen al respecto una interpretación restrictiva en materia de discriminación, como la Española o Argentina, al decir de Bariffi, y que necesitarán la correspondiente adaptación. Y pensemos que se está hablando de personas en muchos casos indefensas. Cuando hablamos de discapacidad hay quien está pensando solo en discapacidad física, en salvar barreras arquitectónicas, en accesos a edificios públicos o privados. Pero no solo es eso, la discapacidad mental, en sus varias formas y manifestaciones, transitorias o permanentes, total o parcial, aunque no goce de la atención mediática, está ahí, con su problemática, con la angustia de familiares. ¿Merece todo este mundo tener la misma consideración del defensor de personas que pueden defenderse

por sí mismas, del defensor del usuario, del defensor bancario, del defensor del profesorado...? Quiero plantear el tema de si la discapacidad merece por sí sola un tratamiento específico. Y con ello me introduzco en una materia no políticamente correcta. Y lo digo porque la salida a este tema está siempre en la figura del Defensor del Pueblo, que sería quien asumiera todos los problemas de los ciudadanos y que se vale de adjuntos en aquellos temas de mayor interés. Es el modelo nacional y el seguido por Comunidades Autónomas, especialmente Andalucía. Nada que objetar en sentido teórico, pero queremos saber cual ha sido el resultado práctico y compararlo con lo que ha significado el sistema sueco de figura independiente. ¿Donde están las reclamaciones ante la Administración, donde la exigencia de información de Autoridades y funcionarios, donde las publicaciones o divulgación de los derechos de los discapacitados con independencia de los bien programados actos gubernamentales, cual es su eficacia práctica? Nos parece bien los datos estadísticos, pero queremos más eficacia. El sistema sueco lo ofrece, independencia y capacidad procesal. Es preciso ver el origen de la figura, del por qué y cómo surge y que significa en la actualidad para hacemos una idea de lo que representa. Las normas sobre Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad de la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 1993 tuvieron en cuenta la forma de supervisión para que las Normas y Tratados se cumplan efectivamente, designando un Relator Especial, que, a su vez, preste asistencia a los estados. El primer Relator tuvo en cuenta las diferencias sociales, políticas, económica de cada país y propuso el nombramiento de un moderador, handikappombudsman, un defensor de los derechos de las personas con discapacidad. Suecia fue la única nación que creó la institución en 1994. De la entrevista con el Defensor sueco nos quedan claras unas ideas, de cómo en los momentos iniciales de la figura la única legislación práctica es la propia, las relativas a las actividades que se le atribuían, que eran fundamentalmente la de solicitar informes de Organismos oficiales y pedir que se formalizasen comisiones sobre diferentes temas; con la Ley de 1 de mayo de 1999 contra la discriminación en el ámbito laboral se inicia una nueva etapa, y se entendió por el Gobierno que el Defensor estaba capacitado para exigir el cumplimiento de las leyes, en caso necesario, llevar al infractor ante los Tribunales. Aquí comienza el desarrollo efectivo de la actuación del Defensor hasta llegar a la situación actual. La Ley de su creación. El Estatuto y el Reglamento de 1994, sientan una doctrina armónica con los principios de la legislación sobre Educación, materia laboral, accesibilidad, etc., configurando el doble carácter de defensor y colaborador. Del resultado de la entrevista y un examen de la legislación se obtiene el resultado de considerar que el Defensor sueco trabaja para promover los objetivos generales de la política sobre discapacidad, la igualdad y participación de los discapacitados en la sociedad, indagar sobre la aplicación de las Leyes, observar las deficiencias

legislativas, y sobre todo preocuparse por las quejas de las personas y procurar solucionarlas, y procurar también que se observen las reglas contra la discriminación en materia de Educación, laboral, compraventa, vivienda, derecho de sindicación y empleo. La Oficina es de gran amplitud, acogiendo en su seno el Centro nacional de accesibilidad; su nombramiento es directo por el Gobierno, al igual que sucede con los otros miembros del Consejo asesor, que se nutre de políticos del Parlamento, representantes de las Asociaciones de discapacitados, científicos, etc. Dicho Consejo tiene en la realidad una función muy limitada, pues se reúne dos veces al año. La Oficina tiene, además, una plantilla de veinte personas, aunque en la actualidad está solo con trece, la mayoría Abogados, pudiéndose acudir al servicio de otros Abogados, si fuese preciso, especialmente de temas laborales. Su carácter de independiente va unido al deber de someter un informe anual al Gobierno, en el que se manifieste no solo SU ACTUACIÓN, SINO TAMBIÉN LAS NECESIDADES DETECTADAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LAS DEFICIENCIAS LEGISLATIVAS OBSERVADAS. Es deber suyo el contacto con las Asociaciones de discapacitados y sus familias, difusión de sus derechos, mediante campañas a tal fin, campañas que tendrán una financiación especial, organización de seminarios, cursos de formación y asesoramiento vía telefónica, correo electrónico, carta, etc.

El defensor, cuando recibe una queja, ratificada, se dirige a la institución o persona a la que se ha denunciado, dando traslado de sus manifestaciones a la persona que se queja; si no hay un punto de conformidad se cita al denunciado para que aporte documentación y pueda defenderse; con ello se aprecia si hay lugar al procedimiento. Antes de cuyo inicio se ofrece y reitera siempre la posibilidad de un acuerdo. El Defensor no actúa de oficio, necesita la queja previa. Hay dos supuestos especiales: A) Si la institución o persona no contesta al requerimiento en un plazo razonable, generalmente de unas dos semanas, se le demanda ante los Tribunales; B) En materia laboral. Hay una expresa preferencia por la actuación de los Sindicatos. Por tanto el Defensor debe obtener con carácter previo a su actuación, la autorización del Sindicato correspondiente. Lo cual no excluye su actuación si este no actúa. Esta actuación como ya se dijo, tiene un carácter amplio. tanto como lo es el ámbito de la discriminación, incluida la enseñanza y especialmente la universitaria. Pero no se piense en unas facultades ilimitadas; v.g., en materia, de enseñanza, la Ley de 2001, se preocupa de armonizar sus competencias con otras persona que se ocupan de la discriminación por razón de sexo, de etnia, etc.

Y posibilidad de que el nombramiento recaiga en persona dedicada a la política o no. Es significativo que el Defensor sueco indicara que el es un ex político de pasillo. ¿Qué tiene que ver la afiliación política con el sentido de imparcialidad y protección a los más débiles? En algún momento he sostenido que es indiferente que el Defensor

del Discapacitado se integrara o no en la figura del Defensor del Pueblo, pero siempre que mantuviera su personalidad y capacidad de actuar judicialmente. Reconozco la dificultad pero la admito, aún viendo la experiencia nacional y autonómica. Lo que sí sería absurdo es que sus pretensiones o demandas tuviesen el único cauce de un superior jerárquico. Difícil de armonizar pero posible. Queremos un Defensor o un simple colaborador? En Suecia es Colaborador pero Defensor fundamentalmente. En la creación de la figura en Extremadura se dice: La finalidad que se persigue con su creación es la de instaurar una figura que actuando de forma autónoma colabore con los Poderes Públicos... se considera imprescindible que esta figura esté desvinculada de la propia Administración..., lo que lleva implícito la negativa, como principio básico de la figura administrativa y la afirmación de organismo autónomo. Estoy convencido que todo ello se sentó como consecuencia de las experiencias anteriores en nuestro país.

Otro aspecto del problema: el Defensor debe ser una persona física o se admite la persona jurídica, es cargo retribuido o gratuito? Son aspectos accesorios. En Suecia siempre ha sido persona física, pero no hay prohibición de persona jurídica. Respecto a la retribución no es elemento esencial. En el sistema extremeño fue cargo gratuito por voluntad de quien lo ejerció y de todo el comité técnico, y creo que el principio de solidaridad, de desinterés, del concepto de honor por realizar determinadas funciones no es desdeñable, pero insisto en el carácter accesorio de la materia. En Suecia no nos atrevimos a plantear tal materia, por sus funciones, responsabilidad y organización no hace falta indagar para considerar el cargo como retribuido, y así es, con cargo a los Presupuestos generales del Estado.

Aspecto básico, la posibilidad de que el Defensor pueda actuar procesalmente está reconocida en Suecia. Muchas veces los ejemplos aclaran lo suficiente. Se expuso por el Defensor sueco el caso de que determinadas autoridades habían prometido la presentación y aplicación de un plan de empleo en un determinado plazo e indicó que de no cumplirse tendría la necesidad de ir al correspondiente procedimiento.

Todo lo desarrollado nos llevó al análisis de si la figura del Defensor sueco era trasladable al suelo patrio, especialmente extremeño que es lo que nos preocupaba en aquel momento. Y era, a nuestro juicio, imprescindible para que la figura gozase de independencia y de las más mínimas facultades de vincular a la Administración, que se recogiera en una disposición legal. En Suecia hay Ley, Reglamento y Estatuto de actuación. Y aquí hemos tropezado, no con los políticos, sino con la cerrazón burocrática de ciertos juristas, oficiales claro, que consideraron incompatibles ciertos aspectos con la idea que ellos tienen de la burocracia y de sus facultades. Se logró que la figura del Defensor extremeño recayera en una Institución privada, independiente,

pensando siempre, por qué ocultarlo, en la figura de su Presidente, de una autoridad moral y jurídica indiscutible, una colaboración con los poderes públicos demostrada, una eficiencia en su labor indiscutible, una armonización de todos los sectores de la discapacidad, del mundo empresarial, político y social pero todo ello considerando que una disposición legal que lo amparase era imposible no ya mediante una Ley sino ni siquiera la formula esbozada por Rodríguez Ibarra de un Decreto. En Extremadura nunca se intentó convertir la Figura del Defensor en el punto clave de la discapacidad, como se hizo en Suecia, pero al menos tuviese un respaldo legal, que existiera un mínimo de posibilidad de cumplimiento de las facultades que acertadamente se le encomendaron, y cuya enumeración nunca se discutió y que en reconocimiento de la verdad más que facultades implicaban para Futuex y especialmente para su Presidente, sostén casi exclusivo del funcionamiento de la Fundación en unión de escaso número de personas, escaso pero de una voluntad y eficiencia en aportaciones y sacrificios dignos de aplauso, una carga, que se aceptó por razón de solidaridad, de vocación y de amistad, con sacrificio de días y noches de dedicación, con la exigencia de no tener ni una mínima retribución económica, impuesta por el Presidente de Futuex. Para su propia actuación. Los que habíamos asistido a charlas, ajenas por otra parte, al tema del Defensor, de cierto letrado sabíamos de la postura oficial de la burocracia: nada de ley ni Decreto, nada de organismo independiente y menos privado. En Yuste oímos de toda clase de justificantes, tardanza en la formación de una ley, complejidad del sistema; conveniencia de un periodo de actuación transitoria, para llevarnos a la formula de un Convenio con la Consejería correspondiente, loable pero provisional. Aceptable como la única posible en ese momento, con el fin de acreditar la eficiencia del modelo que llevaría a una solución legislativa y que reflejaba el sentir de las Asociaciones por la necesidad de la figura. La vinculación mediante ley nunca se produjo. Lo que sí se produjo fue una actuación impecable del Defensor, y una colaboración de la Consejería correspondiente. Pero fue suficiente la dimisión del Defensor para que inmediatamente, se reconociera la necesidad de una Ley. Se ha perdido la posibilidad de creación de una figura original, de armonización de lo privado con lo público, de independencia, de confabulación de todo el mundo de la discapacidad, de solidaridad, de desinterés, de considerar que una pertenencia al Comité Técnico constituido por el Presidente, era título de merecimiento, de que cualquier llamada a la colaboración de cualquier persona vinculada con la Justicia, la Medicina, la Enseñanza, los ámbitos sindicales o de empresarios, era considerada un plus en su comportamiento personal y profesional. Nunca se exigió una retribución económica pero las consecuencias de ser una figura que depende de un simple acuerdo con una Consejería no hace falta explicarlas, y no me apetece entrar en detalles de incumplimientos a solicitudes de información, de obligaciones comprometidas incumplidas de falta de colaboración, de actitudes, de prepotencias. ¿Qué podía

esperarse? Cuando falta el mínimo de cobertura legal, ni siquiera de un Protocolo de actuación No se quiere la figura del Defensor, pero siempre seguiremos defendiendo su figura, su independencia, por muy amplia o limitada que sea su competencia, su carácter no administrativo, si es posible, y su figura como separada de otras, lo que no impide su colaboración; la necesidad de una Ley ha sido finalmente reconocida no solo por el ex presidente de la Comunidad, sino también por el actual Presidente. Hoy nos encontramos a solas con la Ley. La participación de los Presidentes de la Comunidad Autónoma de Extremadura ha sido siempre incondicional en la defensa de los discapacitados. Si el modelo extremeño se pierde se habrá perdido la armonización de la realidad con la política. Volveremos al principio, la copia de sistemas extraños. Difuminar la figura del Defensor en Instituciones más amplias, volver al restablecimiento de figuras burocráticas y administrativas, al modelo valenciano, o andaluz. Y todo ello por la confusión entre conceptos. A nadie se le escapa que un simple protocolo de actuación pueda confundirse con la atribución de facultades de poder. ¿Tan débil nos consideramos para creer que una reivindicación o exigencia de obligaciones elementales, como que la Administración tiene que contestar a un simple escrito disminuye o dificulta facultades? ¿Es normal que en casos de violación acreditada de los derechos de discapacitados el Defensor tenga que acudir a la intervención de una Fundación en defensa del discapaz al que pertenece o está tutelado por ella porque él carece de personalidad, utilizando a juristas del Defensor? El modelo sueco evita todos estos inconvenientes e incongruencias. No tiene nada que ver con Instituciones ajenas al mundo de la discapacidad, este es suficientemente importante para marcar la diferencia, su independencia no se discute, se utiliza la figura para evitar multitud de actuaciones en el ámbito público y privado que utilizan la discapacidad como motivo de publicidad y propaganda.

Hacemos las consideraciones que anteceden porque el tema ha trascendido de las fronteras regionales. El modelo extremeño ha sido objeto de estudio por la Comisión de discapacidad del Congreso, del Cermi nacional, del Parlamento Argentino. Pero debemos reconocer que es un tema finiquitado de momento, pero volverá a resurgir a nivel internacional e incluso nacional, cuando se comprenda que el problema de la discapacidad es un problema de estado, que la situación del discapacitado, con su indefensión y su debilidad es un problema ajeno a toda la problemática de políticos de partidos, sindicatos, de todos los que no sufrimos en nuestras vidas lo que defenderemos a ultranza: la persona, independientemente de sus circunstancias. Esta es la lección sueca, lo accesorio es la forma en que lo adaptemos. Defensor del Pueblo, con margen del Defensor del discapacitado para actuar procesalmente. Defensor del discapacitado como figura independiente de otras instituciones, como es nuestro ideal, público o privado, siempre que goce de tal independencia en su

ejercicio, necesidad de un comité de asesoramiento, siempre se tuvo en el modelo extremeño, con una característica de calidad, honorífico y sin miramiento de su adscripción política. ¿Tenemos que pensar en su credo político cuando hablamos de un Profesor, de un Arquitecto, de un Ingeniero, de un Medico? Con el respeto, y el apoyo de Asociaciones, mundo empresarial y sindical y político, pero no de politiquillos de medio pelo. Se ha intentado el traslado de una serie de principios de Suecia, que han marcado un hito en el devenir de la discapacidad, adaptándola a la particularidad española, quizá una fase quijotesca, pero los hechos se imponen y no pasa nada, lo que nos interesa es la protección del discapacitado, y especialmente de sus familiares. Y que esto se plasme en disposiciones legales, y que se aplique, que se cumpla, que se cumpla, que se cumpla.

La experiencia sueca será siempre un ejemplo, por su anticipación y por su cumplimiento efectivo. Debemos tenerla en cuenta para mejorarla en el mismo sentido de evolución y dinamismo que nos presenta en la actualidad la Convención de Naciones Unidas. Y que cuando interpretemos esta lo hagamos en su letra y en su espíritu, con su sentido de lo que es la discapacidad, de la discriminación por motivos de discapacidad del gran sentido que tiene la sociedad civil como cooperante del poder público, del mayor cumplimiento posible. Creemos sinceramente en la voluntad de nuestros gobernantes y legisladores, solo las reformas legislativas del año dos mil tres y Ley de Dependencia la aclaran por sí mismas, en la interpretación de nuestros Jueces y Fiscales en materias tan diversas como Procedimiento, organización de la tutela y tantos otros fundamentales, y también en la actuación de funcionarios o profesionales que conviven con el mundo de la discapacidad en el respeto a la voluntad del que no siendo discapacitado prevé que puede serlo, en facilitar o aconsejar los medios más idóneos de protección, incluso en aspecto fiscal, interpretes en idiomas o en lenguaje de signos sin perder de vista que este carácter positivo no debe ser obstáculo de que seamos también inflexibles a la hora de reclamar o criticar actitudes o hechos discriminatorios procedan de donde procedan. Y que estas reclamaciones no pueden partir de un discapacitado, por su situación especial, y menos de un familiar o de una Asociación, que bastante tienen con lograr su subsistencia, que depende solo de la Administración. Esperemos que el desenvolvimiento legislativo permita vislumbrar una figura que sea portador de un sistema de defensa y colaboración, tal como se ha auspiciado desde Extremadura. Tomando elementos suecos pero adaptándolo a nuestra situación social.

Puede amarse o no a Suecia, pero es imposible no admirarla. Ningún otro pueblo es tan eficiente. En ningún otro país se trabaja con tanta seriedad. Los suecos no sufren complejo de inferioridad respecto a las autoridades, y estas, a su vez, no se sienten superiores a los ciudadanos... (Enrico Altavilla, Suecia Infierno y Paraíso 1969).

2. ARTÍCULO: *EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO, PODERES Y DISCAPACIDAD*

Hoy prefiero no hablar de materia sucesoria, puesto que tradicionalmente me toca desarrollar todo el tema testamentario en la Escuela de Práctica Jurídica. Dentro de los actos *inter vivos* vamos a contemplar dos supuestos totalmente distintos. Uno, muy tratado —Patrimonio especialmente protegido— y otro escasamente tratado, pero de gran trascendencia práctica —los poderes—, y ello en el marco de la discapacidad.

Patrimonio especialmente protegido

Esta institución, regulada por Ley de 18 de diciembre del 2003, y que en sus primeros antecedentes se inspira en los *trust* anglosajones y que después termina en su configuración actual, es un conjunto de bienes y derechos-patrimonio-cuyos rendimientos se aplican a satisfacer las necesidades vitales del discapacitado. Con la legislación en la mano, sus características son:

Se rige por la Ley indicada y sus disposiciones de desarrollo.

Tiene como beneficiario exclusivo a las personas con discapacidad, que son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento; este grado de minusvalía se acredita mediante certificado expido conforme a lo establecido reglamentariamente —hoy por el Reglamento de 23 de diciembre de 1999, Orden de 2 de noviembre de 2000 y Orden de la Consejería de Bienestar Social, de 31 de enero de 2001, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud del traspaso de competencias, por la que corresponde a dicha Consejería, que lo ejercerá a través de los Servicios territoriales en los centros de Cáceres y Badajoz o bien la reglamentación que se dicte posteriormente— o por resolución judicial firme; en definitiva, se aplica tanto a los discapacitados por sentencia como a los discapacitados con los grados fijados por la Administración.

Puede constituirlo la propia persona con discapacidad que tenga capacidad de obrar suficiente, sus padres, tutores, curadores, guardador de hecho en algunos casos, cualquier persona con interés legítimo, que puede solicitarlo del mismo discapacitado, de sus padres, tutores o curadores y, en caso de negativa acudir al fiscal, que instará al Juez lo que proceda.

Se constituye en documento público o, en el caso mencionado de negativa, por resolución judicial, cuyos documentos o resolución fijarán las reglas de administración y de fiscalización, se hará inventario de bienes, se determinarán las aportaciones

aclarándose que, según expresa la exposición de motivos, extinguido el patrimonio, puedan volver los bienes al aportante, lo cual es de importancia, ya que, de no establecerlo, dichos bienes se integran en el caudal del beneficiario.

Si el constituyente es el propio beneficiario se sujeta la administración a lo que él decida, pero en los demás casos las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que se exige para el tutor, con la particularidad de que no será necesaria la subasta pública para la enajenación; y a pesar de que se exige la autorización judicial, puede solicitarse al Ministerio fiscal para que, a su vez, solicite del Juez la excepción de la misma, atendiendo a las circunstancias especiales del caso. De todos modos, cualesquiera que sean las reglas de administración, los bienes y productos deben destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado.

El patrimonio se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario —en cuyo caso se integra en la herencia del discapacitado— o por dejar éste de reunir las condiciones que marca la ley para su aplicación.

La supervisión del patrimonio corresponde al Ministerio fiscal, que además será oído en todas las actuaciones judiciales.

Como órgano de apoyo, y auxilio y asesoramiento, se crea la Comisión de Protección patrimonial, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y se prevé la constancia de la administración de los bienes en el Registro civil y la correspondiente mención en el Registro de la Propiedad en la inscripción del dominio de inmuebles o derechos reales o del resto de los bienes que tienen el carácter de registrables. Y también se establecen unas normas fiscales.

Hasta aquí, abusando de vuestra paciencia, las líneas generales que podemos encontrar en cualquier manual, revista o periódico sobre el Patrimonio protegido. Vamos a procurar hacer un análisis breve pero derivado de la experiencia de varios seminarios, congresos organizados por la Fundación Tutelar de Extremadura, y de la últimas publicaciones sobre la materia y de la experiencia personal.

Indudablemente el patrimonio que nos ocupa tiene un destino especial, atender a las necesidades vitales de un discapacitado, pero esto no era sólo lo que pretendía el Cermi, impulsor del proyecto, ni la mayoría de los autores, en el sentido de que el patrimonio tuviese la nota fundamental de separado, es decir que respondiera solamente de las obligaciones contraídas por el administrador; al no establecerse esta nota característica el patrimonio está sujeto al principio de responsabilidad universal del artículo 1911, de modo que responde con el resto de los bienes del discapacitado de todas las obligaciones de éste.

Algunos autores consideran que es una Ley de ricos —Pantaleón—, que resuelve o pretende resolver problemas para los que no tienen problemas —Serrano—, que lo que hace falta es una ley de protección de las familias que no tienen patrimonio..., etc. Aún reconociendo que las acciones públicas o privadas a favor de discapacitados necesitados o de sus familias son fundamentales para los más desfavorecidos, esto no impide en el ámbito del Derecho privado que existan figuras que faciliten la gestión de un patrimonio normal. Si se hace una crítica debe hacerse en el aspecto puramente jurídico. En este sentido sí es de tomar en consideración la crítica de Serrano apoyada en la dicción de los artículos 164 y 223 del C.c.; el primero dice que los padres administrarán los bienes de los hijos... Se exceptúan de la administración paterna los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos. Y para la tutela el 223 que establece que los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar a las personas que hayan de integrarlas, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Lo que viene, en definitiva, a sostener dicho autor es que si los preceptos del C.c. que hablan de incapacitados —o sea por sentencia judicial— se hubieran reformados hablando de discapacidad en los grados del 33 ó 65 por ciento y fijando los grados por ley y no por preceptos reglamentarios, o sea una simple variación terminológica o de interpretación se cumpliría todo lo que ha sido objeto de una regularización pormenorizada del patrimonio protegido. Personalmente creo que esta tesis de Serrano puede apoyarse, más que en los artículos citados por el autor, en el 227 C.c. «El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla —siempre que se sustituya la palabra incapacitado por la de discapacitado— Pero esto suena a toro pasado, la verdad es que las normas del C.c. sólo hablan de incapacitados y que la ley que comentamos establece por primera vez el término de discapacidad sin necesidad de sentencia Y que ahí está. Y está con defectos técnicos, a mi juicio: la referencia a reglamentos en una materia tan importante como la graduación de la minusvalía que debiera hacerse por ley, la referencia a la aplicación de que la institución se regirá por las disposiciones de desarrollo, que en sí misma no es invalidante pero que si analizamos toda la legislación del 2003 en materias diversas vemos que es una constante, como si tuviéramos prisa en regular de modo abstracto dejando el desarrollo posterior a reglamentos...; la referencia de que puede constituir el patrimonio protegido el curador —cuando esta figura no es representativa sino sólo de asistencia o complemento de ciertos actos realizados por una persona y por tanto si esta no quiere difícilmente puede el curador actuar de forma independien-

te—; cuando se alude a la necesidad de autorización judicial en los mismos casos que se exige para el tutor, se afirma que puede solicitarse, a través del fiscal que el juez conceda la excepción de dicha autorización, se olvida y transcribo palabras de la coordinadora de Aequitas, que tanto tuvo que ver con la reforma del 2003: «La medida parece ignorar que es más rápido obtener la autorización que la declaración de no necesidad»; en materia de fiscalización se establece que la supervisión de la administración del patrimonio corresponde al Fiscal que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona; no es el momento de entrar en la discusión de si el sistema del C.c. de optar por intervención judicial y no familiar en materia de discapacidad, y que se remonta a 1983, es o no acertado, pero sí es el momento de destacar dos hechos: que algunos autores que critican el sistema de autoridad judicial en cambio se muestran partidarios de que el fiscal debe intervenir en la administración de las Fundaciones, y que una vez establecido el sistema de autoridad lo único que debe hacerse, como reconoce algún ilustre Magistrado es mejorar lo mejorable; lo que sí es criticable es que la ley que comentamos, como tantas otras, establece unas funciones sin la adecuada dotación presupuestaria, es más, yo diría que esta apreciación del Ministerio fiscal, por lo que se mostró reticente en el informe a la Ley, presupone no sólo aspectos económicos sino también que es necesario una mayor formación tanto de fiscales como del personal a sus órdenes; necesitamos en materia de discapacidad de todo el mundo relacionado con la materia: Abogados, Notarios, fiscales, Jueces, empresarios, funcionarios públicos. Una concienciación del problema; y además esa comisión especial de apoyo y asesoramiento ¿presupone una minoría de edad del fiscal para decidir? La materia económica desde luego tiene una gran trascendencia, lo vemos reflejado en el sistema fiscal que establece la ley: para ello creo que no es propio de un profesional de Derecho privado ocuparnos de ello, bastando la remisión a trabajos como los de Hernández Gil, Rafael Leña, J. Franco: sólo transcribo palabras de los responsables políticos y jurídicos de la Ley: «resulta necesario realizar algunos retoques, así como mejorar el marco tributario. Creo que es necesario aumentar las deducciones en las aportaciones, desfiscalizar los rendimientos no distribuidos y aumentar el mínimo personal cuando las rentas provienen de Patrimonio especialmente protegido y se destinan a pago de prestación de servicios» —Martínez Pujalde—; «aunque la ley no mejore de forma importante las condiciones fiscales, punto en que como decimos esperamos se note el nuevo gobierno socialista...», Blanca Entrena, coordinadora de la Fundación Aequitas.

Creo que el problema económico no es cuestión de partidos políticos sino sólo del Ministerio de Hacienda y de la preferencia de gastos sociales. Pero personalmente me hago eco, sobre todo, si tengo que hacer una crítica de la regulación legal es que olvida la situación en que se encuentran muchos discapacitados que pueden

desenvolverse en las diversas esferas que pueden estudiar, que pueden vivir en pisos tutelados, que ganan un sueldo con su trabajo... que su capacidad, como dice Martín Calero, está menguada, entonces todo el control pasa a otros; muchos discapacitados psíquicos, mantiene el autor citado, no pueden y no deben ser apartados de la vida ordinaria... y que deben vivir en entornos tan normalizados como sea posible; para mí esto es fundamental, pero exige una atención personalizada y un cumplimiento de normas éticas y profesionales muy difíciles de cumplir, y sobre todo de exigir.

A favor de la regulación hay que admitir que por vez primera se habla de discapacitados no incapacitados, que se pone a su disposición una institución más o menos perfecta, que aunque la regulación fiscal es tímida se ha abierto el camino para ella, que también se abre el camino para permitir las ventas sin necesidad de subasta pública (quiero hacer mención en esta materia de trabajo de las letradas Toni Ortiz y Soledad Parra para el segundo Congreso virtual de Derecho y Discapacidad celebrado en Cáceres, de considerar excesiva hoy la necesidad de subasta pública en general y que coincide con la postura de la sentencia de la Audiencia Provincia) de León de 24 de febrero de 1995, mencionada por Alicia Aragoncillo, cuya autora se apoya en el artículo 3 del C.c., que exige interpretar las normas en relación con la realidad social y que ofrece un medio más de protección; no es la panacea que se pensó y se pregonó en algunos sectores que confundieron lo novedoso con lo eficaz, sí, en cambio, es un mecanismo como tantos otros. El problema de la discapacidad es de naturaleza muy personal y familiar, las circunstancias de cada caso determinarán que el sistema elegido sea el del patrimonio protegido, plan de pensiones, renta vitalicia, seguros... o simplemente acudir a medidas testamentarias. Dejemos que las estadísticas señalen el futuro del patrimonio protegido, hasta ahora de muy escaso, por decir algo, movimiento notarial, y que desde luego se ha apartado en su regulación de los deseos de promotores y doctrina, incluso en muchas ocasiones de la terminología de los anteproyectos y proyectos, más acertada y no ha respondido a las esperanzas depositadas en ella.

A efectos prácticos puedo mencionar que en el proyecto de ley de reforma de la Ley sobre la renta de las personas físicas y sobre la Ley de Sociedades y del Patrimonio han sido presentadas unas enmienda del Cermi, apoyadas por el grupo socialista, en el sentido de que las aportaciones al Patrimonio protegido de la persona con discapacidad efectuadas por las personas que tengan con las mismas una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive así como por el cónyuge de la persona discapacitada o por aquellos que lo tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, darán derecho a deducir la base imponible del aportante con el límite máximo de diez mil euros (actualmente el límite es de ocho mil euros. Por otra parte se equipara la deducción a la que se establece para los seguros privados).

Por otro lado es de interés mencionar el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria que tal como aparece en el Boletín de Las Cortes a fecha 27 de octubre del presente año, presenta novedades respecto a la legislación actual. No es el momento de estudiar el principio de no necesidad de Abogado o Procurador en los expedientes de jurisdicción voluntaria ni la posibilidad de que se pueda acudir bien a la administración de expedientes al Secretario Judicial o al Notario o al Registrador de la Propiedad o Mercantil en numerosos supuestos, si bien reserva la Competencia judicial en toda la materia de personas o familia. Nos interesa, en cambio, lo relativo a enajenación de bienes de menores o discapacitados. El proyecto distingue entre expedientes judiciales que tengan por objeto alguna de las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo 1 de la Ley de 18 noviembre 2003 sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad —por lo que aquí interesa, recordar que con arreglo al art. 5 de la Ley cuando el constituyente del patrimonio sea el propio beneficiario se estará siempre sujeto únicamente a lo dispuesto por el mismo. En los demás casos las reglas de administración deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que se le exigen al tutor, sin que en ningún caso sea necesaria la subasta; e incluso el Ministerio Fiscal puede solicitar del Juez la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos de situación del patrimonio, de situación especial del discapacitado, de especiales necesidades, de la solvencia del administrador o análogas— distinguiéndolo del supuesto normal de enajenación o gravamen o transacción de menores o incapaces, En general estos expedientes pueden solicitarlo no sólo el Ministerio Fiscal, como sucede en el caso de Patrimonio protegido, sino también los que ostenten la representación legal del incapaz, el defensor judicial así como el sujeto a tutela o curatela si no le hubiese sido prohibido, y también el administrador con facultades concretas concedidas por el disponente a título gratuito en los casos que fuese precisa. Se parte, pues, del principio de la necesidad de autorización judicial, con la duda del caso del administrador designado en disposición a título gratuito, pues al hablar de si fuere precisa parece excluir el caso de que el disponente establezca lo contrario. La autorización para la venta se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta. Pero esto último admite excepciones: con carácter general que se trate de ventas hechas por progenitores con patria potestad, en otros supuestos cuando se aleguen y justifiquen razones de urgencia o conveniencia en la enajenación directa; en la enajenación de acciones, obligaciones u otros títulos admitidos a negociación en mercados secundarios se acordará que se apliquen las normas que rijan en tales mercados; si se trata de algún acto de gravamen o extinción de derechos reales tampoco se precisa subasta, como es lógico. En todo caso si se exige la subasta será previo el avalúo; si se trata de venta directa deberá acompañarse a la solicitud el dictamen pericial de valoración del precio de mercado y especificarse las demás condiciones

del acto de disposición a realizar. Y siempre la posibilidad de adoptarse por el Juez las medidas para asegurar que la cantidad obtenida se aplique al fin para el que se hubiese concedido la autorización. Considero prematuro entrar en la crítica de estas disposiciones mientras no se conviertan en Ley.

Poderes y discapacidad

Es tema poco tratado en Congresos, Seminarios o Jornadas, a pesar de su trascendencia práctica. Estamos hablando para profesionales, por tanto se evita lo que es tratar de todo aquello que se refiere a consideraciones teóricas sobre lo que es un poder, su diferenciación del mandato, clases de poderes, etc.

Cuando se otorga un poder es indudable que el poderdante debe tener la capacidad suficiente. Quien da el poder necesita la misma capacidad que para celebrar el acto al que el poder se refiere, y, en general, son capaces todos los que pueden gobernarse por sí mismos. Sólo a título enunciativo mencionaremos:

1) En cuanto a discapacidades físicas: a) ceguera. El Reglamento Notarial exige únicamente que el ciego preste su consentimiento a la lectura hecha por el Notario; b) sordera. Según el citado Reglamento si alguno de los otorgantes fuere sordo deberá leer la escritura por sí mismo. Se refiere al completamente sordo, no al que tenga cierta dificultad para oír. Podría deducirse que el sordo que no puede o no sabe leer no podría otorgar escrituras, ni, por tanto, poderes. No olvidemos que se están estudiando los actos inter vivos, sin que analicemos los supuestos de testamento. La resolución de 18 de octubre de 1974 subordinó ya la autorización sólo a la concurrencia de un medio idóneo de comunicación, como puede ser la asistencia técnica de personas peritas en el lenguaje especial de signos, provistas de título o diploma que acredite sus conocimientos, a modo de intérpretes, y que puedan garantizar, bajo su responsabilidad, el traslado al interesado de cuanto le dice o escribe el Notario; c) sordomudos. La resolución de 31 de agosto de 1987, suponiendo siempre la capacidad de discernir del otorgante, admite la misma posibilidad de comunicación por medio de intérpretes que garanticen el traslado al interesado de lo que le dice o escribe el Notario. Siempre se refieren las Resoluciones a personas o intérpretes peritas en dichas técnicas: y de lo que se trata es de aplicar en estos y otros supuestos similares las normas del Reglamento Notarial para el otorgamiento de actos por extranjeros. En definitiva, intérpretes oficiales. Por eso actualmente tanto se habla, se proyecta y se legisla sobre la conveniencia de la difusión, incluso exigencia en ciertos ámbitos, del lenguaje de signos, y de llevar esta materia a la legislación notarial. Es de resaltar la apreciación de Rafael de la Cruz de que si es cierto que

los técnicos superiores de interpretación del lenguaje de signos están perfectamente formados en general debían formarse, al menos de modo básico, en materia jurídica.

Siendo esto así nos encontramos con un precepto en la Ley de E.C, artículo 143, que se refiere al supuesto de alguna persona que hubiese de ser interrogada o prestar alguna declaración o cuando sea preciso darle a conocer alguna resolución...: «si la persona fuese sordomuda que no sepa leer ni escribir se nombrará el interprete adecuado, conforme se dispone en el expresado apartado» (se refiere al apartado 1 para el caso de que no se conozca por el compareciente la lengua castellana o la oficial de la comunidad, en cuyo caso el Tribunal, por medio de providencia, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona concedora de la lengua de que se trate, exigiéndole juramento o promesa de fiel traducción). Quiero entender que la palabra adecuado debe estar por encima de la expresión cualquier persona que conozca el idioma —en el caso que nos ocupa el lenguaje de signos— y que se exigirá al menos el carácter técnico del intérprete, con título, pues de lo contrario nos llevaría a una interpretación absurda. Menciono al respecto un caso que se me planteó de una Asociación de padres y amigos de los sordos en cuanto un Notario negó su intervención en un poder de un sordo profundo, que, según decía la misma asociación, sólo se comunica con una lengua de signos muy limitada que conocen sus familiares y algunos vecinos; se quería utilizar como intérprete a uno de los hermanos del sordo. Como es lógico el Notario se negó, con el agravante de que la familia y asociación acudieron al Defensor del Pueblo intentando además poner una denuncia, alegando que no es justo que una persona no pueda defenderse o reclamar lo que es suyo por ser discapacitada. El buen sentido del Defensor aconseja acudir al Colegio Notarial, y reconociendo que en toda esta materia los notarios, como cualquier otro funcionario o profesional debemos actuar con la máxima delicadeza, ello no impide que en determinadas circunstancias la negativa a actuar esté justificada ya que una cosa es la dificultad de manifestarse y otra la imposibilidad de hacerlo, que nos aboca a una declaración de incapacidad con todo lo que ello significa. Quiero hacer hincapié en que, a pesar de que la comunicación se verifique a través del lenguaje de signos como norma general, no es obstáculo para que pueda realizarse por medios mecánicos, en este sentido cualquier modificación legislativa debía tomar esto en consideración y de ello tengo algún caso en mi protocolo pero me temo que siempre irá la práctica por delante de disposiciones, siempre que esa práctica no vulnere la legalidad vigente.

(En la actualidad publicado el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero de 2007, B.O.E. de 29 de enero de 2007, en materia de intervención de sordos y sordomudos ha sido recogida expresamente en el artículo 198 del R. Notarial: «Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí y si no supiera o pudiese hacerlo sería precisa la intervención de un intérprete designado

al efecto por el otorgante, conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, así mismo, el documento...»

Por tanto se valora que es suficiente con un intérprete, no de varios, y que conozca el lenguaje de signos. No se habla de tener carácter oficial, al igual que se hace referencia en el artículo 150 en relación a las personas que no conozcan el idioma; en ambos casos se habla sólo del intérprete designado por el otorgante. Todo ello parece significar que estamos más cerca de la Ley de Enjuiciamiento que de la anterior postura de la Dirección General. Sin embargo las dudas van a persistir, dada la parca disposición legal, y en todo caso la lógica nos lleva a considerar como intérprete adecuado a la persona, al menos, de carácter técnico. Será precisa una aclaración por la Dirección General).

2) En cuanto a deficiencias psíquicas, rigen las normas generales. La capacidad será apreciada por el Notario o Secretario judicial, en el caso de poderes apud acta, en el momento del otorgamiento, será una apreciación bajo presunción iuris tantum, a mi juicio, dado el carácter no técnico del funcionario, pero que exige un esfuerzo para evitar los efectos de apariencia en sentido positivo o negativo y que aconseja, en caso de duda, acudir a la intervención de facultativos, mejor especializados. De todos modos corresponde al funcionario, bajo su responsabilidad. En este sentido destacar el artículo 1217 del Código Civil: «Los documentos en que intervenga Notario se regirán por la legislación notarial», y el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento de 2001: «El notario insertará una reseña identificativa del documento que se haya aportado y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiere». Pues bien, suponiendo el cumplimiento de esos requisitos, el juicio notarial no puede limitarse a expresar el juicio de suficiencia de forma caprichosa sino que, como toda decisión jurídica, debe ser motivada y razonada, y, a la vez, que otros funcionarios, especialmente el Registrador, no puede exigir la presentación de la copia del poder, pues su calificación debe apoyarse en lo que resulte de la escritura pública y que la suficiencia del poder es pura materia notarial. Sin perjuicio, no hace falta indicarlo, de la competencia judicial si la existencia o suficiencia del poder es así o que pueda impugnarse de la forma que la Ley establece. Este es el sentido de numerosas Resoluciones a partir del 12 de abril de 2012 como interpretación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que establece la doble calificación.

Tema distinto de la capacidad para otorgar un poder es el de la validez de los actos realizados por el apoderado. Ello nos llevará al análisis de la extinción o subsistencia del poder en caso de incapacidad o incapacitación del poderdante, de que nos ocuparemos después.

El poder se extiende no sólo para que nos representen en los negocios jurídicos —de una forma amplia o general o con relación a negocios concretos, que es poder especial— sino que alcanza, como dice Martínez García, a la totalidad de la esfera de actuación del sujeto, con exclusión únicamente de los actos y negocios de carácter personalísimos, debiéndose estar en esta materia a la legislación que los reconoce. A título de curiosidad mencionaré el derecho a votar. Sabemos que el derecho de sufragio es un derecho personal, que es susceptible de privación sólo por resolución judicial de incapacitación; tanto esta declaración como el internamiento psiquiátrico deben contener, a su vez, declaración especial de la prohibición, que se debe comunicar por el Registro Civil a las Delegaciones provinciales del Censo Electoral. Otra cuestión es la dificultad de que el voto personal, libre y secreto, tenga determinados inconvenientes que obliguen a prácticas que lo faciliten —piénsese en el caso de ceguera y la protesta periódica de que no se facilite por el sistema braille— o las facilidades para los impedidos físicos en materia de accesibilidad o que sean los miembros de la mesa los que desplacen la urna para que puedan votar, etc. Pero refiriéndonos al aspecto de representación en materia de sufragio, en realidad no existe verdadera representación (nadie puede votar por otro) sino que el poder que se otorga por un enfermo o discapacitado es sólo para solicitar de la correspondiente Delegación un certificado de inscripción en el censo, retirar la documentación requerida y enviar el sobre conteniendo el voto. En realidad se trata, más que de un poder, de una autorización para determinados actos y como tal lo califican algunas disposiciones electorales y el Reglamento notarial. Sería interesante analizar las diferencias existentes entre poder, autorización y consentimiento para realizar un acto, y, dentro de este último las que se refieren a posibles esterilizaciones, aborto, prácticas médicas, etc., pero creo que esta materia desborda el marco actual, si bien el tema queda apuntado para posibles trabajos y ponencias posteriores. Sí recalcar que en materia de sufragio, independientemente de que la legislación, la práctica y las Resoluciones de las Juntas electorales tiendan a favorecer el voto de los discapacitados, el juicio de capacidad del notario es inexcusable, independientemente de la indicación del certificado médico y, muchas veces, de las pretensiones de algunos encargados de recoger estos poderes, para quienes la función notarial debe reducirse a la tarea rutinaria de recoger la firma del otorgante y de los testigos, previamente seleccionados.

Otro caso de derecho personalísimo: el derecho a contraer matrimonio. Tan personal es que, algún autor, considera que ni siquiera el Juez puede prohibirlo en incapaces, sino sólo establecer medidas de control. Tal es la postura de Martínez Díez. Pero lo que es indudable es que el Código Civil —art. 55 y siguientes— establece que quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente... Que

reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código y que si alguno de los contrayentes estuviese afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar el consentimiento y, sobre todo, por lo que aquí interesa, y en contra de la idea abstracta de que los derechos de esta naturaleza no pueden ser objeto de delegación... «podrá autorizarse... que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante —obsérvese que todavía hay categorías, cuando habla de Alcalde utiliza la mayúscula y cuando se refiere a concejal o funcionario autorizante utiliza la minúscula— celebre el matrimonio por apoderado a quién haya concedido poder especial en forma autentica... En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con indicación de las circunstancias personales precisas para establecer su identificación». En definitiva en materia de derechos personales hemos de estar a la legislación en cada caso concreto. Es de observar que en materia matrimonial, donde como es sabido se admite por lo visto anteriormente la representación, si bien es necesaria sin embargo la presencia del otro cónyuge, hay autores que niegan tal figura acudiendo a la distinción entre apoderado y nuncio. Es claro para el jurista la distinción entre términos, pero personalmente prefiero seguir la terminología del Código a la utilizada por O'Callaghan.

Vamos ahora a analizar lo que constituye la actualidad en materia de poderes.

La redacción originaria del artículo 1.732 del C.c. determinaba: «El mandato se acaba... 3.º Por muerte, interdicción civil, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario». Cuando se utiliza la palabra interdicción se está recogiendo, dice Fernández Lozano, la traducción inexacta de la palabra francesa «interditió», cuyo significado correcto es incapacidad. La reforma de 31 de marzo de 1984, siguiendo el criterio de la Ley de 24 de octubre de 1983, que suprime la interdicción como causa de incapacidad, no incluye ni una ni otra como causa de extinción. En cambio la Ley de 15 de enero de 1996 ya incluye... 3. La muerte, incapacitación... del mandante o del mandatario. Se habla de incapacitación, no de incapacidad, por tanto es necesaria una declaración por sentencia judicial. Vamos a distinguir los dos supuestos contemplados: 1) Incapacidad del representante, antes de que se declare judicialmente incapacitado. Los actos podrán ser impugnados, lo que parece no ser admisible es que el representado impugne contra terceros de buena fe, ignorantes de la incapacidad, creo que no puede exigirse a un tercero una diligencia superior a la del representado, que, al menos, ha tenido la posibilidad de revocación. 2.º) Incapacitación del representado, del que da el poder. En la fase anterior a la declaración de incapacitación: la doctrina en general considera que la capacidad del poderdante ha de existir no sólo cuando se otorga el poder, sino también en el momento de celebrar el acto para el que se autorizó. Pero esto no es causa de extinción del poder sino

de impugnación, el acto es sólo anulable, según opinión de numerosos autores; esta impugnación podrá ser realizada por el propio incapaz, si recobra la capacidad, o por su representante legal. Lo que no cabe, por la seguridad del tráfico, y por el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, es que lo impugne el tercero que contrató con el incapaz. Además parece lógico considerar que aunque se trate de discapaces no declarados en el caso de poderes irrevocables para ejecutar un contrato principal en interés del representante o de un tercero y en general, según Martínez García, en caso de incapacidad actual no declarada, la regla general debe ser la validez de lo actuado, con la única excepción de que no haya redundado en utilidad del representado; sólo los actos que le perjudiquen podrán ser impugnados (apoyándose en la consideración de que una cosa es la relación entre poderdante y apoderado y otra la relación con terceros). Además puede decirse que este es el criterio del Código respecto al guardador de hecho/art. 304). Toda esta materia, sin embargo, aún reconociendo que se va abriendo camino la tesis de la anulabilidad (Díez Picazo, Puig Brutau, Leña Fernández) hay que reconocer que no es pacífica. Hay autores que la aceptan, pero recogiendo la excepción de que el representado careciese totalmente de capacidad —Fernández Lozano— otros distinguen entre el supuesto de que la enfermedad sea permanente, en cuyo caso hay nulidad absoluta, o transitoria —anulabilidad—. Otros —Alonso Pérez— distinguen entre incapacidad absoluta o falta de consentimiento, nulidad absoluta, o consentimiento viciado, anulabilidad. La diversidad no es sólo doctrinal sino que se refleja en las distintas legislaciones. Por vía realista podemos decir que la postura doctrinal mayoritaria en España —Castro, Castán, Albaladejo...— parte de la base de que el discapacitado no incapacitado puede celebrar negocios y que éstos son válidos, y dichos negocios jurídicos sólo pueden ser atacados por falta de consentimiento, y, en este caso, la única acción es la nulidad absoluta. La jurisprudencia se inclina por esta doctrina tradicional —9 de febrero de 1949, 27 de marzo de 1963, 4 de abril de 1984, 4 de mayo de 1984—. Por tanto, siguiendo a Leña, las consecuencias son: no es posible la confirmación; la impugnación puede hacerse por cualquier persona, y no está sujeta a plazo de caducidad.

Tenemos una segunda fase en el segundo supuesto que analizamos; durante el proceso de incapacitación. Martínez Díez se plantea el problema de si el Juez o Tribunal puede en esta fase, entre las medidas cautelares, ordenar la extinción de los apoderamientos, anticipando alguna de las consecuencias del fallo; y el mismo autor ofrece una solución: el proceso de incapacitación es constitutivo por lo que no procede adelantar su resultado; de objeto único por lo que por lo que supondría traer a un proceso especial cuestiones propias de un proceso ordinario; lo que sí se podría hacer, dice el mencionado autor, es controlar el correcto uso de los apo-

deramientos concedidos. Criterio distinto es el de Leña que admite dicha posibilidad por la amplitud de redacción del artículo 209 del Código civil —el juez, en cualquier estado del procedimiento, a instancia de parte o de oficio, adoptará las medidas que estime necesarias para la protección del presunto incapaz o de su patrimonio—. Personalmente estimo que el problema ni siquiera se puede plantear: la Ley habla de incapacitación, la cual no se provoca sino por sentencia judicial, y, por tanto, todo el periodo anterior, con o sin proceso, con indicios de incapacidad o sin indicios, estará sujeto a las normas que se han indicado para los actos anteriores a la sentencia.

Donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Ello no quita la posibilidad del control como medida preventiva.

Finalmente tenemos la fase contemplada por el repetido artículo: extinción del poder mediante sentencia judicial. La regla, según Díez Picazo, parece ser la de extinción automática. Pero no faltan quienes sostienen su continuación en determinados supuestos: poderes irrevocables, o en que se hubiesen concedidos facultades que se mantengan, a pesar de la incapacitación —piénsese en que la incapacitación es graduable, y parcial o dudosa o de menor gravedad—. Volvemos siempre a las mismas dudas, pero ¿se puede distinguir donde la Ley no distingue? Salvo el principio de protección de terceros de buena fe, que es generalmente admitido, todo es discutible, aunque personalmente sea partidario de mantener al máximo la voluntad del que da el poder, aunque después se pierda la capacidad.

Por todo lo expuesto, por las dudas suscitadas, por las distintas interpretaciones doctrinales y judiciales, ha llevado a lo que fuese una necesidad legal: que se regulase esta materia y que además, se solucionase el problema acuciante de la pérdida progresiva de la capacidad, demencia senil o temporal o transitoria o parcial o de menor gravedad. Todos aquellos casos en que no se solicita la declaración de incapacidad, unas veces por no agravar la dolencia, otras por el procedimiento o por múltiples razones familiares o personales; sobre todo debido a la postura del Tribunal Supremo de no admitir la incapacitación temporal, quizá con razón. Por ello surge la reforma del artículo 1732 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre: «El mandato se extinguirá, también, por la 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 incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

La reforma, necesaria aunque tardía, sigue los criterios ya marcados por numerosas legislaciones —Irlanda, Grecia, Alemania, Código de Québec, numerosos Estados de Norteamérica...—. Y se distingue entre poder de duración indeterminada,

poder condicionado, para fines de atención médica, etc., sobre todo en la legislación americana.

Desbrozando el precepto tenemos: a) Posibilidad de que el poder contenga la disposición de que continúe a pesar de la incapacitación judicial, b) Posibilidad de que el poder se dé para el caso de incapacidad; en este caso no se habla de incapacitación, sino de incapacidad y por eso tal incapacidad será apreciada conforme a lo dispuesto por el mandante (en el caso de que el poder surja en el momento en que se produzca la incapacidad sería conveniente un dictamen médico, psiquiátrico o no según disponga el mandante), c) Un tercer supuesto, el más normal en la práctica: Reconocer la vigencia del poder, su subsistencia, a pesar de la incapacidad, en cuyo caso no hace falta determinar ningún dictamen.

Tanto en uno como en otros casos puede tratarse de un poder general o especial, que afecte a la esfera patrimonial o a la personal —excepto los derechos personalísimos— Rigen todas las normas de capacidad y de forma que se han mencionado para todos los poderes, con la particularidad de que la advertencia notarial de «que no ha variado la capacidad del otorgante», en muchos supuestos no es procedente. Por otro lado se recoge el sistema americano de compatibilizar el nombramiento de tutor con la existencia de apoderado. Y puede establecerse una duración del poder. Algún autor ha considerado conveniente fijar una duración máxima. Personalmente lo creo posible, pero ni necesario ni conveniente; puesto que si la incapacidad es transitoria siempre cabe el recurso de la revocación, y si no se hace es porque el mandante no lo desea y si es permanente no hay lugar a que se pueda rectificar ni cambiar, y si se estima conveniente, establecer medidas de control, lo cual es discrecional, y de no establecerse, la posible responsabilidad podrá exigirse por el propio mandante al recuperar la capacidad o por su representante legal en su caso, ya que siempre existirá la oportuna exigencia de rendición de cuentas.

Lo que sí es importante destacar y repetir que el poder preventivo se refiere a incapacidad, no a incapacitación, sin perjuicio de que el poderdante pueda también condicionarlo a que se declare la incapacitación; pero no es esa la utilidad del poder preventivo, sino para el supuesto de que no se produzca tal declaración judicial o, como máximo, en la fase entre el surgir de una incapacidad y la declaración de una incapacitación. Si se otorgase sólo para que surja en el momento de la declaración, en la mayoría de los casos no tendría sentido. Piénsese que hoy, con la L.E.C. en la mano (art. 760) «en la misma sentencia de incapacitación puede nombrarse tutor y según el artículo 1732 del C.c. el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar... Podría darse el absurdo de que el poder naciera y se extinguiera al mismo día.

Por otro lado, estos mandatos especiales que se vienen analizando «podrán terminar» —el término sostiene la posibilidad, no la necesidad— por resolución judicial al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Por tanto, la incapacitación sobrevenida por sí sola no extingue esta clase de mandatos, en contra de la norma general de que el mandato se extingue por incapacitación del mandante. Incluso puede subsistir a pesar del nombramiento de tutor, por así decidirlo el Juez. Piénsese en el caso, no infrecuente, de que el tutor sea nombrado sólo para la guarda y protección de la persona, en cuyo caso el apoderado podría ocuparse de los bienes. El profesor Serrano se plantea otros problemas: si el Juez puede nombrar tutor al apoderado y si un poder especial y expreso coincidente con la tutela evitaría la autorización judicial y la aprobación del artículo 272 C.c. Considero que tales problemas son un tanto alambicados y creo que es casi imposible que el Juez haga coincidir tales nombramientos pues en este caso no podría darse el soporte contemplado por el 1732 C.c. de que el poder pueda terminar a instancia del tutor. ¿Qué tutor pediría la extinción de un poder a su favor?

Independientemente de estos poderes de incapacitación sobrevenida o para el caso de surtir efecto cuando surja la discapacidad hay un tema que a mí siempre me ha preocupado —aunque sea volver atrás en la materia—. El artículo 1732 mencionado habla de la extinción del poder cuando se produzca la incapacitación del mandante. Sin embargo, hay textos legales que parecen contradecir esta teoría general. Pensemos en el poder para contraer matrimonio y en el poder de pleitos. Respecto al matrimonio el artículo 55 C.C. habla de la extinción por revocación, renuncia del apoderado, muerte de cualquiera de ellos; pero en ningún caso habla de la incapacidad o de la incapacitación. Mora bien, el 56 exige los requisitos de capacidad establecidos por el Código en general, y en el supuesto de que alguno de los contrayentes estuviese afectado por deficiencias psíquicas exige dictamen médico, etc., hemos de aplicar las normas generales y sobre todo las del artículo 1732. Respecto al poder de pleitos sea general o el especial del artículo 25 de la L.E.C., sea otorgado ante Notario o apud acta, el artículo 30 del mismo cuerpo legal, entre las causas de cesación del procurador, no se menciona la declaración de incapacitación, y el artículo 26 obliga al procurador a seguir con el asunto mientras no cese por alguna de las causas expresadas en el artículo 30. Dejo esta materia sin analizar detenidamente porque el tema entre los presentes habrá sido suficientemente estudiado, sólo mencionar la diferencia entre cesación y extinción y la disposición del artículo 27 que a falta de disposición expresa sobre el poderdante y el procurador rige las normas generales para el contrato de mandato en la legislación aplicable.

Y volvemos a los poderes preventivos para el caso de incapacidad y de la continuidad del poder a pesar de la incapacitación sobrevenida. Aunque el precepto

contiene dos supuestos distintos no deben ser interpretados como excluyentes por lo que hay circunstancias especiales que aconsejarán que en la misma escritura se prevean los distintos supuestos que puedan darse. El problema único es el de la redacción adecuada. Destacar por otro lado que tales poderes pueden otorgarse, como los poderes en general a favor de personas físicas o jurídicas, entre ellas las Fundaciones tutelares o todas aquellas que no tengan ánimo de lucro. Sin embargo, hay circunstancias que aconsejan otra clase de personas jurídicas: tal es el caso de continuar una actividad económica o comercial, en cuyo supuesto es preferible contar como apoderado con una persona o entidad que se dedique profesionalmente a estos menesteres; esto es lo que distingue el poder de la función tutelar.

Podríamos terminar esta materia de poderes defendiendo que se debe confiar en la voluntad de las personas capaces para regular su vida, aún en supuestos de una incapacidad sobrevenida; y que no se deben interpretar los poderes con un ánimo exclusivamente restrictivo, sustituyendo la voluntad del otorgante con interpretaciones, muchas veces puramente administrativas, que contemplan sólo la literalidad de los preceptos o intentando solucionar problemas que deben ser solucionados únicamente por vía judicial. Es de mencionar que la Resolución de 8 de noviembre de 2004 admite, incluso, la facultad de auto contratación en los poderes generales.

Capítulo XXIV

HISTORIA VITAL DE D. JOSÉ SOTO GARCÍA-CAMACHO

José Soto García-Camacho nació en Don Benito (Badajoz) el 24 de abril de 1933.

Se casó en 1962 con Cristina, la mujer de toda su vida. Tuvo tres hijos: Mary Chel, José Javier y Cristina Soto Ruiz.

Estudió Derecho, por libre, en la Universidad Autónoma de Madrid, y aprobó las oposiciones a Notarías, ejerciendo como Notario en Negreira, Jarandilla de la Vera, Miajadas, Olivenza, Don Benito y Badajoz. Fue Decano del Ilustre Colegio Notarial de Extremadura, y Defensor del Usuario.

Colaborador constante del Ilustre Colegio de Badajoz, muy especialmente de su Escuela de Práctica Jurídica, de la que fue profesor desde su constitución. Impulsó el Turno de Oficio para personas con discapacidad en el Colegio de Badajoz, pionero en España, al que siguió el de Cáceres, también fruto de su impulso, y que son ejemplos de su compromiso en la defensa de los derechos humanos donde destaco sobre todo en relación a la discapacidad, como lo ha sido su labor como coordinador de la Comisión técnica de la Oficina del defensor en Extremadura e impulsor de instituciones como la Fundación Derecho y Discapacidad.

Sus estudios sobre el Fuero de Baylío son de obligada referencia, destacando el Informe sobre el Fuero, los Estudios sobre el Fuero y las conferencias impartidas en los congresos organizados por el Colegio de Abogados de Badajoz y la Asamblea de Extremadura.

Su compromiso con su tierra, Extremadura, fue constante. Promotor de su cultura. De la Asociación de Amigos de la Cultura Extremeña, de la Revista Ventana Abierta, El Cancionero Popular...

Falleció en Badajoz, en su casa, el 17 de febrero de 2011.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES DE LA COLECCIÓN CERMI.ES

- Nº 60 **ACTIVISTAS**
15 historias de vida de activistas de la discapacidad
Autor: Juan Antonio Ledesma Heras
232 páginas. ISBN: 978-84-15305-34-7
20 € IVA incluido
- Nº 58 **LA SITUACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE
COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO**
Autora: Beatriz Martínez Ríos
268 páginas. ISBN: 978-84-153058-28-6
20 € IVA incluido
- Nº 57 **HOY EMPIEZA TODO**
Breve aproximación histórica al CERMI como motor de cambio social (1997-
2012)
Autora: Esther Peñas
208 páginas. ISBN: 978-84-15305-27-9
18 € IVA incluido
- Nº 56 **TRATAMIENTO DE LOS JUEGOS PARALÍMPICOS DE PEKÍN 2008 EN
LOS MEDIOS ESPAÑOLES**
Coordinación: Josep Solves Almela
276 páginas. ISBN: 978-84-15305-23-1
20 € IVA incluido
- Nº 55 **2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA**
Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna
Coordinación: Gloria Álvarez Ramírez
468 páginas. ISBN: 978-84-15305-20-0
25 € IVA incluido
- Nº 54 **LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
DISCAPACIDAD**
Manual. Volumen I
428 páginas. ISBN: 978-84-15305-19-4
25 € IVA incluido
- Nº 53 **En opinión del CERMI**
Compilación de editoriales de cermi.es, el periódico de la discapacidad
2002-2011
Edición: Blanca Abella
228 páginas. ISBN: 978-84-15305-09-5
20 € IVA incluido

