

**APROXIMACIÓN DE URGENCIA A LA CONVENCION DE
NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU RELACION CON EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Por: Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz.

Fiscal. Fiscalía Provincial de Jaén.

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén.

cfabrega@ujaen.es



Las leyes nunca mejorarían si no hubiese personas de sentimientos morales más altas que las leyes mismas.
John Stuart Mill (*La esclavitud de la mujer*).

I.- PRESENTACIÓN.-

Quiero empezar recordando las palabras de Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al respecto:

<< El sistema de derechos humanos actual tiene por objeto promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad pero las normas y los mecanismos existentes de hecho no proporcionan protección adecuada para los casos concretos de personas con discapacidad. Como consecuencia de la convicción de parte de la comunidad internacional respecto a las bondades de instrumentos internacionales que aludan a problemáticas concretas, desde la década de los ochenta cobró fuerza la idea de elaborar una convención temática sobre los derechos de las personas con discapacidad. Evidentemente es hora de remediar ese defecto>>.

A la necesidad de remediar este defecto corresponde la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y su protocolo de 3 de diciembre de 2007, primer texto sobre derechos humanos del Siglo XXI.

Esta Convención era necesaria ya que el maltrato a los niños y a las mujeres escandaliza a cualquier sociedad civilizada. Pero el maltrato a las personas con discapacidad no ha adquirido el reproche social que se merece.

Con esta Convención, las Naciones Unidas han adoptado la primera convención para las personas con discapacidad, que ampara al mayor grupo minoritario del planeta, con 650 millones de personas, el 10% de la población mundial, pues resultaba desolador que solo cuarenta y cinco países dispusieran de algún tipo de legislación para proteger a este colectivo tan vulnerable¹. La principal misión de la Convención no es la de crear nuevos derechos, sino la de garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona discapacidad a través de un mecanismo de control y vigilancia que asegure el compromiso de cumplimiento real y efectivo frente a las personas, familias y colectivos de representación y defensa de la persona con discapacidad.

El artículo 1º de la Convención define el concepto de persona con discapacidad:

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

Se parte de la idea de que la discapacidad radica en la sociedad, no en las personas, que adaptando sus capacidades a los apoyos necesarios, pueden adquirir la capacidad suficiente para ser iguales al resto de sus conciudadanos.

La Convención obliga a cambiar el criterio medico- reglamentario, por el criterio de no discriminación social, de modo que la condición de discapacidad debería ser más amplia y flexible, lo que favorecería la inclusión de buena parte de las situaciones sociales en situación o peligro de exclusión, como es el caso,

¹ El de los discapacitados es el último colectivo en tener reconocidos sus derechos en una convención de obligado cumplimiento. Los casos de discriminación están muy dispersos por todo el mundo: el 90% de los niños inválidos, tienen limitado el acceso a los colegios, según la ONU y el Banco Mundial estima que el 20% de los ciudadanos más pobres sufren alguna invalidez.

por ejemplo, de las personas con capacidad intelectual límite que no son propiamente discapacitados pero que necesitan apoyos para su desarrollo en igualdad de condiciones de una vida normal.

Estas definiciones deben ponerse en relación con el Art. 5, que las concreta y desarrolla:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La Convención dispone que el hecho de no conceder a una persona ajustes razonables equivale a discriminación por motivos de discapacidad.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de



hecho de las personas con discapacidad. Son las medidas llamadas de discriminación positiva.

Partiendo de estas bases la Convención consagra un nuevo paradigma de la discapacidad que va a condicionar de forma importante todo nuestro ordenamiento jurídico. Veamos como.

II.- LOS NUEVOS PARADIGMAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.-

Históricamente, el Derecho se ha ocupado de la protección de las personas discapacitadas de forma muy precaria sin preocuparse, en realidad, de la promoción de las personas dependientes cuya atención se remitía al ámbito privado de cada familia o al de la beneficencia y la caridad públicas, en caso de carecer aquéllas de familiares.

Este planteamiento va unido al llamado modelo médico de la discapacidad que considera la misma exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.

La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, con la excepción de la incapacitación y la tutela, si bien dirigidas estas más a la protección patrimonial de la familia y herederos del discapaz que a la del discapaz mismo.

Hoy nos encontramos ya de lleno ante un segundo modelo que es el llamado social. Para el mismo no son las limitaciones individuales del discapaz las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Las políticas de discapacidad pasan a ser transversales entrando en un modelo que trata de garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Surge como consecuencia de la iniciativa de las propias personas con discapacidad. Así se pone la atención en el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que discriminan a las personas con deficiencias. Encuadrados dentro del movimiento por los derechos civiles, dio lugar al denominado “movimiento de vida independiente” cuya filosofía esta inspirando, de forma importante, muchas de las nuevas leyes sobre discapacidad que priman el ejercicio de los derechos generales y la autonomía de la persona con discapacidad sobre cualquier otra consideración.

La discapacidad se considera como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Por ello, la solución del problema pasa por la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias que nos lleven a alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, nos encontramos, no ante una cuestión meramente social o medica, sino ante una cuestión de derechos humanos. De esta forma, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

La discapacidad como fenómeno social entra en las relaciones sociales reguladas por el derecho, por lo que tiene una realidad jurídica que provoca efectos jurídicos. En este campo la discapacidad entra en contacto con la Administración de Justicia.

Pero es que, además, actualmente existe una sobreabundancia de normas en el campo de la discapacidad lo que, sorprendentemente, va pareja a una duda razonable de la real eficacia practica de las normas promulgadas.

Por que lo importante no termina siendo la legislación si no la realidad fáctica de la misma.

Por ello, se dice que la Administración de Justicia en sus relaciones con la discapacidad se encuentra en un proceso de cambio que se nota más en el ámbito legislativo, ya que en la realidad, los procedimientos judiciales son vividos como hostiles por las personas con discapacidad. Una hostilidad que no es intencionada, si no estructural y, por ese motivo, más difícil de combatir.

Elemento de gran interés en este desarrollo es la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha sido firmada por España el 30 de marzo de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 por lo que posee efectos legales plenos en nuestro país. En la misma se reconocen a las personas discapacitadas un importante elenco de derechos y se establecen los mecanismos para que estos derechos sean iguales a los de las personas que carecen de algún tipo de discapacidad.

El acercamiento a esta Convención es importante porque, como ya hemos indicado, la normativa española, a pesar de sus múltiples avances, va a encontrarse con puntos de fricción con la misma que van a exigir importantes reformas legislativas y, sobre todo, diferentes formas de pensar.

A esta conclusión han llegado todos los que se han acercado a la Convención y así lo anunció Rafael de Asís Roig, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, que coordina un trabajo sobre el impacto de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español, encargado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) y por la Fundación ONCE, en la Comisión de Discapacidad del Congreso de los Diputados.

Como indica esta comisión los principales aspectos jurídicos del derecho español a los que afectará la convención de la ONU sobre la discapacidad serán el modelo social y la capacidad jurídica de las personas, pero también tendrá incidencia en ámbitos como el de la salud, la investigación, la libertad y seguridad, el trabajo o los servicios sociales. Concretamente, la Convención nos obliga a modificar cuestiones del Código Civil, del Penal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la de Enjuiciamiento Criminal, normativa en materia de educación y al menos siete leyes orgánicas. Pero es que, además, como indica Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, si en algún ámbito, estos giros adquieren el carácter de turbulencia es en el Derecho Privado de las Personas y, más en concreto, en lo referido a los derechos de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad campo que todos nosotros conocemos sobradamente.

III.- EL ARTÍCULO 12 DE LA CNUDPD. DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE OBRAR A LOS MECANISMOS DE APOYO.

Según la Convención los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Establece textualmente el artículo 12:

<< Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.



Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. >>

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

La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, los Estados no deben realizar experimentos médicos en personas con discapacidad sin su consentimiento ni excluir a ninguna persona de la escuela por razón de discapacidad.

La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros. Por ejemplo, los Estados deben exigir a los empleadores privados que establezcan condiciones de trabajo justas y favorables para las personas con discapacidad, incluido un ajuste razonable. Los Estados deben mostrar diligencia en la protección de las personas con discapacidad contra los malos tratos o abusos.

La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa

igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta fue una de las cuestiones más polémicas. Ello en virtud principalmente de un enfrentamiento entre aquellos países que abogaban por un reconocimiento pleno, tanto en la capacidad jurídica como de obrar, liderados esencialmente por la Unión Europea, y aquellos países que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, liderados por un amplio número de países islámicos, China y Rusia. La disputa se saldó al momento de la adopción final de texto por parte del Comité Especial, con la inédita introducción de una nota a pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: *«En árabe, chino y ruso, la expresión «capacidad jurídica» se refiere a la «capacidad jurídica de ostentar derechos» no a la «capacidad de obrar».*

El texto final por parte de la Asamblea General, omitió la nota de pie de página, dando lugar a una disposición innovadora y de gran importancia, al imponer obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, significará la reforma de la legislación interna sobre capacidad jurídica y su ejercicio.

El artículo 12 de la Convención supone un verdadero terremoto con respecto a instituciones tradicionales del derecho. El principio general que sienta este artículo es el de que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que las demás en todos los aspectos de la vida, rompiendo dos conceptos casi venerables de nuestro derecho, el de la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y el de la incapacidad como estado civil de la persona que, tras siglos de evolución, acuñó ese gigantesco jurista que fue Federico de Castro. La Convención hace que no quepa ya la sustitución o la representación (mecanismo de tutela) en

la toma de decisiones o en el gobierno de sí y de los derechos e intereses de la persona, a causa o por motivo de discapacidad. La pura y mera sustitución, se sustituye por el apoyo o los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica plena. Por cierto, que no deja de recordarnos este planteamiento a una serie de << intuiciones >> que hemos ido construyendo los Fiscales de las secciones de protección de personas con discapacidad bajo el lema genérico de << proteger sin incapacitar >> como es la potencialidad de la guarda de hecho o esas dos maravillosas creaciones jurídicas (que creo, terminaran, pasando a la historia del derecho) como son las teorías de la causa-motivo de la incapacidad y de la doble vía que ha forjado el Fiscal de Córdoba Fernando Santos.

¿Cómo podemos compaginar esto con instituciones tan arraigadas en nuestro Derecho como la incapacitación judicial o con sistemas como la tutela o la curatela? ¿ Que reformas legislativas, que cambio de practicas debemos realizar para respetar escrupulosamente el Convenio, garantizando la seguridad jurídica? Es importante destacar que, desde las Comisiones de expertos que participaron en la elaboración de la Convención, se señaló la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluyera la capacidad de obrar y que cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de tutela actual basado en el modelo de representación y no en el de apoyo.

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.

Por ello, cobra el mayor interés el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad 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.
- 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,
- 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.
- Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos.

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, por lo cual los Estados deben hacer lo

posible para prestar apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el abuso de ese apoyo.

¿ Que forma puede adoptar dichos apoyos? Por ejemplo, la forma de una persona de confianza o una red de varias personas, y 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 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 apoyo total, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos. 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 en el mejor interés de aquella o de acuerdo con sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad competente determina que una persona es incapaz de ejercer su capacidad jurídica. El párrafo 4 del artículo 12 pide la instauración de salvaguardias para proteger al incapaz contra el abuso de esos mecanismos.

La toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas formas. Quienes ayuden 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. Un ejemplo interesante de redes de apoyo se da en la Columbia Británica canadiense a través de los acuerdos de representación de la persona con discapacidad con una red de apoyo como alternativa a la tutoría u otras formas de toma de decisiones sustitutiva.

Debemos optar por ello por la construcción de nuevos mecanismos jurídicos para la protección de estas personas que no precisen la incapacitación² y mientras estos no existan utilizar los existentes (graduabilidad de la incapacitación, guarda de hecho, curatela, etc.....).

Esto conlleva, asimismo, la búsqueda de mecanismos de determinación de la necesidad de protecciones especiales que, sin incapacitar, impidan los abusos sobre estas personas. Patricio Monzón³ propone la creación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que finalice con una resolución cuyo objeto sea el de constatar la situación de los DINAI y la creación de un procedimiento de apoyo a la voluntad. Este autor habla de « *estado civil de apoyo a la voluntad*». No queremos ahora (faltaría más) cuestionar la brillante obra de Federico de Castro con el avance que supuso en el desarrollo del concepto de incapacidad. Y si quisiéramos necesitaríamos más espacio que el que nos permite este modesto trabajo. Pero nosotros creemos que las nuevas concepciones de la discapacidad, conlleva un nuevo acercamiento jurídico a las mismas y eso provoca que la seguridad y permanencia que se buscaba con la configuración de la incapacitación como un estado civil de la

² Como indica Monzón, P. (« *La respuesta del derecho ante las necesidades de los CIL (Borderline)*»): «*Si el Derecho debe propender a la integración en la vida social, también debe establecer una normativa apropiada a esta integración. Existe un importante efecto educador en el control que cada uno hace de su presupuesto. Ese control es parte de nuestra libertad y dignidad. (...) Si una persona tiene capacidad para decidir sobre sí, pero se ve afectado por alguna deficiencia que implica la necesidad de apoyos para poder lograr una situación equivalente a los demás congéneres, la incapacitación evitará que asuma sus propias responsabilidades, le distanciará de los que son supuestamente capaces, pasará a un estado de inhabilidad para decidir, no evolucionará para la integración, sino que se verá apartado a un centro especial que no le compele a luchar y trabajar. No tendrá ese estímulo tan simple pero efectivo que es el de mejorar su calidad de vida por medio del trabajo*».

³ Monzón Moreno, P.; « *La respuesta del derecho ante las necesidades de los CIL (Borderline)*».

persona se haya terminado transformando en un lastre que impide la flexibilidad que las personas con discapacidad necesitan para el desarrollo de una protección que las integre en la sociedad. Por ello, conservando la concepción de estado civil para los casos más extremos, entendemos que deben buscarse mecanismos ágiles que permitan, sin afectar al estado civil, llevar a cabo una protección y asistencia a las personas con deficiencias en su participación en el mundo jurídico que, de una forma u otra, afecten a su autogobierno.

Estos mecanismos pueden y deben ser judiciales, pero eso no quita la posibilidad de que en uso de su autonomía de la voluntad la persona con determinada capacidad pueda realizar notarialmente una simple declaración de voluntad reconociendo su limitación y estableciendo el régimen de protección que considere conveniente, de tal manera que sin la concurrencia de este, los actos que realice puedan ser anulables. Ahora bien, debería evitarse que algún pariente quiera conocer o controlar todos los actos de administración o disposición de otro al que se someta a una inapropiada presión o coacción con el fin de conseguir que se le nombre por el afectado para controlar su gestión económica.

Para evitar todo esto, la persona con discapacidad debería poder realizar todos los actos que desee para lo que podrían utilizarse los siguientes medios que puede solicitar:

- Que concurra el consentimiento de la persona designada para ello de forma fehaciente y el de la persona con discapacidad de acuerdo con su capacidad natural.
- Cuando lo consientan dos parientes próximos que no tengan interés alguno en el acto de que se trate.
- Cuando un notario, previo expediente, de fe de que a su juicio el acto es razonable o cabal.

- Los realizados al amparo de autorización judicial.

Si miramos al derecho de nuestro entorno, dentro de las figuras que el derecho comparado nos ofrece para proteger sin incapacitar podemos destacar el administrador de apoyo italiano⁴ creado por la Ley número 6 de 9 de enero de 2004. Esta figura realiza intervenciones de apoyo temporal o permanente, conservando el beneficiario la capacidad de actuar en todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Nos encontramos también la figura del asistente del Derecho alemán que se encuentra propuesta en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código Civil catalán que actualmente está comenzando a debatirse. En este anteproyecto se establece que la persona mayor de edad que necesite apoyo de su persona o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades podrá solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la misma en cuanto a la persona a nombrar o la exclusión por esta de alguna persona.

El alcance de la asistencia se recogerá en la resolución judicial que la implante, si bien corresponde al asistente la prestación del consentimiento informado para tratamientos médicos en el caso de que el protegido no se encuentre en situación de decidir y no haya otorgado documento de voluntades anticipadas.

En el ámbito patrimonial el asistente intervendrá de forma conjunta con la persona protegida en los actos jurídicos establecidos, pudiendo también otorgársele a petición del protegido funciones de administración del patrimonio.

⁴ Monzón Moreno, P.; « *La respuesta del derecho ante las necesidades de los CIL (Borderline)*».

La asistencia no perjudica a terceros mientras que no se inscriba en el Registro Civil.

La consecuencia es que los actos jurídicos que la persona protegida realice sin la intervención de la persona asistente, cuando esta sea necesaria, son anulables a instancia de la persona titular de la asistencia y de la persona protegida en el plazo de cuatro años contados desde que se extinguió la asistencia.

También podemos referirnos al sistema francés establecido por la Ley de 5 de marzo de 2007 de Protección de Mayores⁵. En concreto podemos referirnos a las medidas de acompañamiento judicial (MAJ) y a las medidas administrativas de acompañamiento social personalizado (MASP).

La medida de acompañamiento judicial permite al Juez encomendar a un tutor profesional la gestión de las prestaciones sociales de una persona cuando ésta no las utiliza en su interés o vive en condiciones precarias, debido a su estado de salud mental o físico (si bien, solo de las prestaciones sociales, no de cualquier otra prestación periódica que reciba el mayor). Es una medida de carácter educativo y social, no privativa de derechos para la persona afectada, y destinada a permitirle recuperar su capacidad para administrar su patrimonio de forma autónoma. Más en concreto, la apertura de una MAJ no necesitará más que una medida administrativa de acompañamiento social personalizada, debiendo oír al mayor como exigencia única procedimental. Y aunque la ley establece que esta medida será objeto de desarrollo por un decreto, está claro que esta figura ha sido prevista para ser ejercida, no por familiares sino por mandatarios profesionales.

⁵ Seguimos en este punto a la interesante comunicación presentada por María Dolores Casas Planes, profesora del área de Derecho Civil de la Universidad de Jaén en el I Congreso Nacional sobre Derecho y Discapacidad celebrado en Zaragoza en abril de 2009 bajo el título *Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial*.

La medida administrativa de acompañamiento social personalizado (MASP) está regulada en el art. 271 del Código francés de acción social y de familias, que se desglosa, a su vez, en dos clases: la primera de ellas adopta la forma de un contrato definido entre el interesado, y el departamento administrativo representado por el presidente del consejo general. Y en dicho acuerdo, por un lado, el departamento propondrá la puesta en práctica de acciones a favor de la inserción social y que permitan la autonomía financiera del interesado, coordinados con otras acciones sociales de las que podría beneficiarse el mayor sujeto a protección. Y, por otro, el interesado podrá autorizar al departamento a recibir y a gestionar por su cuenta e interés todo o parte de las prestaciones sociales, estando afectadas las mismas al pago del alojamiento y de cargas de alquiler en curso. Consistiendo la segunda medida en prevenir el caso en el que el interesado se niegue a firmar el contrato de acompañamiento o no respete las cláusulas del mismo, estableciendo, en tal supuesto, que el presidente del Consejo general podrá, con el fin de evitar una expulsión o resolución del arrendamiento, solicitar del Juez de instancia la autorización de pagar, cada mes, la renta del alquiler y las cargas en curso, directamente al arrendador, cargándolo a cuenta de las prestaciones sociales debidas al interesado. Si bien, esta medida no será posible más que si el interesado dispone de recursos suficientes y no ha saldado sus deudas en el plazo de dos meses (art. 271.4)

c) Y, por último, la nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor (art. 471-1-8; y 472.1-4 del Código de acción social y de familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán a partir de ahora llamadas mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM) y que son: los delegados a la tutela o la curatela del Estado; los gestores de tutela, ya sean personas físicas o jurídicas; los tutores a las prestaciones sociales; y los empleados de establecimientos de salud; junto con los empleados de establecimientos

sociales o médico-sociales (centros de ayuda para el trabajo, albergues colectivos especializados, etc.), y que son reagrupados en un solo colectivo, debiendo estar inscritos en unas listas departamentales establecidas por los prefectos, con la debida comunicación al Procurador en caso de estar ante mandatarios personas físicas.

Todas estas instituciones pueden introducirse en la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que como obligación establecida en la disposición final primera de la ley de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de discapacidad de 1/2009 de 25 de marzo.

IV.- EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 13 DE LA CONUDPD.

Declarar un derecho no es suficiente para que el mismo prevalezca. Es necesario que el mismo pueda ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio. De esto sabe mucho el mundo de la discapacidad ya que, pese a las importantes declaraciones programáticas existentes de igualdad y eliminación de obstáculos (artículos 9-2º, 14, 49, 50 de la Constitución, Ley de Integración Social de los Minusválidos, etc), ha visto como pasaban los años sin que, en muchos de los casos, se cumplieran los preceptos orientados a facilitar la integración social y laboral de las personas que padecen situaciones discapacitantes. No basta con predicar el derecho si no que debe existir la posibilidad de acudir a los organismos que tienen responsabilidad sobre los mismos para que aseguren su ejercicio. Y en nuestra sociedad el último eslabón de esa cadena es precisamente el acceso a los Tribunales de Justicia para que estos corrijan las conductas desviadas que impidan la verdadera realidad del derecho reconocido.

Por ello, hay que tener en cuenta que la discapacidad afecta también a la forma en la que la persona se relaciona con la Administración de Justicia por lo que procede llevar a cabo los ajustes razonables que permitan dicho acceso en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

Este es el punto de partida del artículo 13 CONUDPD que textualmente expone:

« 1. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los

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

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

Este artículo es preciso ponerlo en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la misma Convención en cuanto expone:

« 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

La postura establecida por la Convención en lo que se refiere al acceso a la justicia esta también dentro de las preocupaciones de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que esta abordando la elaboración de unas *Reglas*

*sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*⁶. Con esta iniciativa se busca lo que dispone el artículo 13 de la Convención impulsando el desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso y preparar a los servidores y operadores jurídicos para que se dé a estas personas un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Indudablemente, entre estas personas, se incluyen las personas aquejadas de una discapacidad física o mental.

En nuestro país ya existía la *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia*, aprobada como proposición no de ley, y por tanto sin el carácter de norma jurídica vinculante⁷, por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002, con la unanimidad de todos los grupos parlamentarios que ya ha iniciado el camino del acceso a la justicia de las personas con discapacidad. De esta carta podemos destacar los siguientes puntos:

« 9.- El ciudadano tiene derecho a ser atendido de forma respetuosa y adaptada a sus circunstancias psicológicas, sociales y culturales. (...)

29.- El ciudadano afectado por cualquier tipo de discapacidad sensorial, física o psíquica, podrá ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en esta carta y en las leyes procesales.

Solamente deberá comparecer ante el órgano judicial cuando resulte estrictamente necesario conforme a la ley.

Los edificios judiciales deberán estar provistos de aquellos servicios auxiliares que faciliten el acceso y la estancia en los mismos.

⁶ También participan en el proceso la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

⁷ Si bien el Gobierno se ha comprometido a darle contenido jurídico en esta legislatura.



30.- El ciudadano sordo, mudo, así como el que sufra discapacidad visual o ceguera, tiene derecho a la utilización de un intérprete de signos o de aquellos medios tecnológicos que permitan tanto obtener de forma comprensible la información solicitada, como la práctica adecuada de los actos de comunicación y otras actuaciones procesales en las que participen.

Se promoverá el uso de medios técnicos tales como videotextos, teléfonos de texto, sistema de traducción de documentos a braille, grabación sonora o similares.

Se comprobará con especial cuidado que el acto de comunicación ha llegado a conocimiento efectivo de su destinatario y, en su caso, se procederá a la lectura en voz alta del contenido del acto».

Con este punto de partida, podemos decir que nuestro país está en unas condiciones inmejorables para encarar las obligaciones que nos impone la Convención en esta materia. Otra cosa es la aplicación real de la normativa aplicable. Veamos ahora algunos aspectos concretos.

El artículo 24 de la Constitución, al recoger el derecho de los ciudadanos a la plena tutela judicial de sus intereses, no introduce ninguna distinción. Debido a ello los requisitos para poder actuar en el campo de los procedimientos judiciales son los mismos para las personas que tengan alguna discapacidad como para las que no la tengan. En igual sentido pueden interpretarse los artículos 49 (mandato al Estado del amparo a las personas con discapacidad) y 9 (remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad y la libertad de los ciudadanos) del mismo cuerpo legal. Por ello, podemos afirmar que, el texto constitucional, proporciona una base programática para que las personas con discapacidad no se vean excluidas de la defensa de sus derechos e intereses legítimos en igualdad con el resto de los ciudadanos.

También se recogen estos derechos en la Ley 51/2003 sobre igualdad de oportunidades. En concreto en su artículo 18 al indicar este:

«1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. (...)

3. Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades».

Para la defensa de este derecho, la ley establece, además de la legitimación individual de las personas afectadas, la de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos de las personas con discapacidad.

Ahora bien, esta afirmación de principio no está tan clara en la práctica por lo que, este acceso igualitario, debe estar garantizado en todo momento y situación.

El principal problema que puede encontrarse la persona con discapacidad en su acceso a la Administración de Justicia es el del otorgamiento de poderes a profesionales. Así se les puede vedar el poder notarial para pleitos, impidiéndoles el acceder a presentación de la demanda. Creemos que esto debe solucionarse permitiéndoles el otorgamiento de poder *apud acta* y considerándole, de forma genérica,

capacitado para hacerlo en todos aquellos casos (personación cuando son demandados de incapacidad, demanda de recapacitación, actos de carácter personalísimo, etc) en que la ley les autoriza para llevar a cabo la demanda.

El discapacitado puede carecer de la aptitud necesaria para decidir si presentar o no una demanda. Puede, también, ocurrir que a la hora de dotarse de los profesionales necesarios no se encuentre en condiciones de apoderar a los mismos⁸ o de llevar a cabo las mínimas gestiones para obtener, por ejemplo, la justicia gratuita. Y, bajando más al terreno de lo simple, pueden existir barreras arquitectónicas que le impidan acudir a los lugares necesarios o bien la inexistencia de medios suficientes y de preparación en el personal judicial puede dificultar el ejercicio razonable de su derecho de defensa. Por último, a veces, la propia estructura del proceso judicial crea situaciones en que la defensa de la persona con discapacidad se complica.

El sistema judicial debe garantizar que la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad sea real. De poco sirve reconocer formalmente un derecho si su titular no puede acceder realmente a la tutela judicial efectiva, quedando todo en declaraciones de buenas prácticas y amables intenciones, que lejos de garantizar la eficacia de los derechos, los relega en la práctica. Consecuentemente será necesario adoptar las más intensas actuaciones para vencer, eliminar o mitigar estas limitaciones, para remover los obstáculos que limitan el acceso en igualdad de condiciones. Y esto, como indica Carlos Ganzenmuller, debe hacerse no solo desde el voluntarismo social o político, sino también desde el propio sistema de justicia, a fin de que “desde dentro del sistema”, se pueda contribuir a la reducción de las desigualdades sociales.

⁸ Pensemos en el problema que se le presenta muchas veces a los incapacitados que se plantean presentar una demanda de recapacitación tal como les permite la ley (artículo 761-2º LEC).

Observemos lo que ocurre en el campo de los llamados juicios rápidos penales. En el campo de los deficientes mentales, sobre todo en los casos dudosos de retraso mental límite, las instrucciones judiciales poco minuciosas y las defensas jurídicas superficiales que no han sabido detectar la minusvalía del acusado provoca el que muchas personas terminen en prisión en unas condiciones desventajosas por no haber sido capaces por su discapacidad de defenderse convenientemente.

El problema se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen estos enfermos se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los Jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas enfermedades no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen, lo que unido a la tendencia de deficientes y enfermos mentales a desconocer u ocultar su enfermedad, así como su situación, en muchos casos, de exclusión familiar provoca un aumento de los casos en los cuales se condena (incluso con conformidades de personas que no entienden realmente lo que las mismas suponen) sin tener en cuenta mínimamente la patología psíquica del autor⁹.

En este caso de personas que carecen de la aptitud necesaria para comparecer en juicio el apartado 2 del artículo 7 de la LEC recoge que las personas que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Es decir, si existe incapacidad legal derivada de la discapacidad actuara por él el representante legal (padre o tutor) con la correspondiente autorización judicial en el caso de tratarse de interponer demanda por el tutor (271-6º CC), con la asistencia del curador, la

⁹ Sobre esta materia puede verse mi trabajo « Situación de deficientes y enfermos mentales en prisión. realidad y alternativas a la luz de la discusión sobre los fines de la pena» en *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Estudios de Derecho Judicial, número 110, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 281 a 316.

habilitación legal si lo hace por si mismo en el caso de los menores (artículos 1994 y siguientes de la LEC de 1881 aún vigente), o el nombramiento *ad hoc* de un defensor judicial cuando ello sea necesario (artículo 163 y 299 CC) .

La previsión legal del artículo 7 LEC se completa con lo dispuesto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal. Recoge este artículo otro caso importante de defensor judicial dirigido a evitar que personas con discapacidad que no hayan sido judicialmente declaradas incapaces queden excluidas de la condición de parte procesal y por ello privadas de recibir la tutela judicial efectiva. De esta forma se garantiza que toda persona, haya o no sido declarada judicialmente incapaz, pueda ejercitar sus derechos en el proceso. Si la persona con discapacidad actúa como parte demandada esta asistencia se refuerza ya que, hasta que se le nombre un defensor judicial, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa. El Ministerio Fiscal lo representará y defenderá de forma provisional solo mientras se procede al nombramiento de un defensor judicial, quedando en suspenso el procedimiento hasta que no conste la intervención del mismo.

No obstante, esta última disposición que parece una forma de garantizar la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad que no pueden defenderse por si misma, puede convertirse en una mera justificación formal carente de verdadera virtualidad practica y que, al contrario, sea una forma de dar una cobertura ficticia de acceso a la justicia creando una autentica indefensión. Y ello por:

1.- El Fiscal interviene de forma provisionalísima y solo mientras se nombra por el Juez un defensor judicial. La legitimación por sustitución que recibe el Fiscal se pone en marcha bien por excitación de terceros o del propio órgano judicial, o bien de oficio en virtud del conocimiento que el Fiscal tenga de la situación de incapacidad. El llamamiento al Ministerio Fiscal es un mero acto de conservación, una acción de emergencia o medida de carácter muy

provisional . Su fin es evitar que quien se encuentre personado pueda actuar en detrimento de quien no se haya defendido por no tener defensor judicial designado.

2.- El procedimiento quedará en suspenso en tanto no conste fehacientemente la intervención del Fiscal con su personación expresa en el procedimiento. No basta con notificar al Fiscal la demanda y la resolución que recoge la falta de capacidad para que empiecen a correr los plazos de nuevo. El Fiscal no intervendrá hasta que, en el expediente gubernativo correspondiente, concrete y acopie todos los datos y elementos necesarios para actuar de la forma más provechosa para la defensa del discapaz sin capacidad. Es mas rápido y efectivo el que el Juez nombre como defensor judicial a un allegado que conozca la situación (que generalmente será la persona que nos comunica la falta de capacidad) por lo que la intervención del Fiscal seria innecesaria.

3.- El Fiscal carece de datos fiables para interponer o contestar una demanda en nombre de nadie, y de tiempo y medios para allegar a través de un expediente gubernativo los datos necesarios para hacerlo con solvencia y dignidad. No se debe arrojar sobre el Fiscal una carga imposible de cumplir ni hacer progresar el proceso, confiando los intereses de los incapaces a una representación formal y forzosamente ficticia lo que haría sufrir el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. Si el actor o demandante conoce la incapacidad de hecho del sujeto pasivo y, por ello, demanda directamente al Fiscal este deberá limitarse a buscar e indicar al Juzgado la persona idónea para el cargo de defensor judicial, quedando mientras el procedimiento en suspenso.

No olvidemos, de todas maneras, que no toda persona con discapacidad puede considerarse falta de capacidad. El artículo 200 del Código Civil indica que la declaración de incapacitación sólo puede recaer sobre aquellas

personas que padezcan enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impidan gobernarse por sí misma. Determinadas minusvalías físicas (sordera, ceguera, sordomudez) no afectan a la capacidad de gobierno y, por tanto, no pueden dar lugar a una declaración de incapacidad. Ahora bien, estas minusvalías tienen incidencia a la hora de intervenir en los procedimientos por lo que también deben tenerse en cuenta a la hora de comparar la legislación nacional con el derecho al acceso a la justicia de la personas con discapacidad establecido en el artículo 13 de la Convención. Y ello porque las mismas recibe comunicaciones, son interrogadas, se les requiere, etc... pudiendo ser abocadas a la no comprensión, al desconocimiento y, por ello, a la indefensión que dificulte e, incluso anule, la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva.

Para este tipo de personas con discapacidad la facilitación del acceso a la justicia se encuentra más en la eliminación de barreras arquitectónicas y en el apoyo para su intervención en el proceso como parte o como testigos, perjudicados, etc.... Nuestro derecho también se encuentra en el buen camino en este sentido. Así los artículos 143-2º LEC y 442 y 443 de LECrim establecen que si la persona fuera sorda se le nombrará intérprete de la lengua de signos para llevar a cabo su declaración. Ahora bien, este camino es aún limitado ya que afecta solo a un sector de la discapacidad que es plural. Se requieren mayores medidas de acción positiva como la aportación de recursos de apoyo a la comunicación oral de los sordos no signantes que son muchos, escritura braille, etc..... Asimismo estos mecanismos no deben limitarse a las declaraciones de la persona con discapacidad, si no a todos los actos que componen un proceso y en todos los casos en que una persona con discapacidad interviene en el mismo.

Incluso nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 30/1989 consideró, en el caso de un imputado en un proceso penal al que no se le dotó

de interprete, que la ausencia de interprete en estos causa una verdadera indefensión.

El artículo 364 LEC también contempla los casos de que el testigo por enfermedad u otros motivos, entre los que se incluyen circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, le resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal. En estos casos la declaración se le tomará en su domicilio, bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal.

A la declaración podrán asistir las partes y sus abogados, y si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. En igual sentido se manifiesta el artículo 311 LEC cuando la persona que debe ser interrogada es parte en el proceso.

Por último, es interesante hacer referencia a la persona con discapacidad en relación a la asistencia jurídica gratuita.

La Ley 1/1996 de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita, recoge en su artículo 5 el reconocimiento excepcional del derecho a indicar

« En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente,

mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1-2º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué beneficios de los contemplados en el artículo 6, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante».

Hoy, por lo tanto, las personas con discapacidad tienen reconocida de forma excepcional el acceso a la asistencia jurídica gratuita en base a su especial situación personal y social. Y no solo eso. También se concede este derecho a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Todo esto, sin duda, facilitará el acceso a la tutela de los Tribunales ya que, en muchos casos, la misma se ve impedida por la inexistencia de medios económicos para llevarla a cabo.

Un último aspecto, en el que no queremos profundizar pero si destacar, es el de la participación de las personas con discapacidad como profesionales en el campo de la Administración de Justicia (jueces, fiscales, secretarios, funcionarios o letrados). Indudablemente, en el acceso a la justicia debe incluirse la participación activa en el ejercicio de la misma. En este sentido nuestro derecho esta dando también pasos adelante que deben consolidarse

en la práctica y continuar avanzando en los mecanismos de *ajuste de los puestos de trabajo* que contempla la ley 51/2003 de igualdad de oportunidades. No obstante, esta adaptación no es un camino de rosas y seguirá encontrándose con multitud de obstáculos que deberán ser superados. En igual sentido es preciso hacer referencia a la adecuada preparación a estos efectos del personal al servicio de la Administración de Justicia.

En este sentencia se manifiesta la CONUDPD en su artículo 13-2º al indicar << *a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario*>>.

También es necesario hacer referencia a << *las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*>>, producto de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia, celebradas del 4 a 6 de marzo de 2008, que no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. Se busca, siguiendo la estela de la << *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*>>, elaborada en Cancún en el año 2002, << *una justicia que protege a los más débiles*>>.

Estas reglas abogan por la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y por la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial, apoyados por equipos multidisciplinares. Igualmente se deberá formar adecuadamente a estos operadores, se les sensibilizará y se incentivará su participación en la labor de diseño,

divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica acorde con estos principios.

En el campo del Ministerio Fiscal el Estatuto Orgánico, reformado por LO. 24/2007 de 9 de octubre, dispone en su Exposición de Motivos como uno de los ejes de la reforma la implantación del criterio de especialización, idea en la que se incide en Instrucción 5 / 2007 que aborda la organización de las especialidades de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y justificaba la especialización en estos términos:

<< La singular relevancia que para la Fiscalía General del Estado merece la especialización del Ministerio Fiscal en distintas materias o áreas de su actividad se manifiesta con rotundidad en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución Española, que profundizando en los procedimientos de especialización de Fiscales y tras encomendar funciones de coordinación como Fiscales de Sala Delegados del Fiscal General en el orden jurisdiccional civil, penal, contencioso-administrativo y social a los respectivos Fiscales Jefes de Sala del Tribunal Supremo, abordó la figura y funciones de los Fiscales Delegados del Fiscal General del Estado en materias especiales (violencia sobre la mujer, protección de víctimas, menores, vigilancia penitenciaria, delitos económicos, medio ambiente, y siniestralidad laboral), exigiendo -en correspondencia- en todas las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales el establecimiento de un Servicio o Sección para cada una de las especialidades objeto de delegación en los Fiscales de Sala, cuya dotación de medios personales será diferente y proporcionada a la distinta carga de trabajo y volumen de asuntos>>.

Hemos de decir que, sorprendentemente, en ese desarrollo de especialización existe una tradicional postergación de las Secciones de Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas. Siempre hemos dicho

que, a pesar de ser las primeras actividades especializadas de las Fiscalías Territoriales (en Jaén y otras provincias andaluzas surgen con la reforma de 1983, antes de las relativas a protección y reforma de menores que surgen en 1987 y 1992 respectivamente), estas secciones siguen sin tener un reconocimiento estatutario o legal como si ocurre con otras lo que crea una situación claudicante ya que distintas Fiscalías se plantean su supresión o su disolución en otras mas generales cada vez que se encomienda una nueva labor al Ministerio Publico a la que, por su configuración legal, debe darse ineludible respuesta. Aunque *de facto* la especialización existe en la mayor parte de las Fiscalías la misma se basa en el esfuerzo personal y voluntarista (lo que Fernando Santos denomina << *la ética de la real gana*>>) lo que, entendemos, no responde ni por asomo a lo establecido por la Convención que España se ha comprometido a cumplir que no pide ONG´s incardinadas en las entidades públicas, si no verdaderas estructuras públicas dedicadas con medios, preparación, sensibilidad y estabilidad a la protección de los derechos que la Convención proclama. Es hora ya de que se dé reconocimiento legal a estas Secciones. Esta es una de las reformas que exige nuestra legislación para adaptarse a la Convención y dado que nuestro ordenamiento ha optado por residenciar en el Ministerio Publico la protección y defensa jurídica de las personas con discapacidad, no podemos renunciar a ser punta de lanza de la intervención estatal para remover los obstáculos de la discriminación y la exclusión social de los discapacitados. Además, existen muchos mas motivos para la consolidación de estas secciones que muchas otras que se han constituido últimamente (y que no vamos a nombrar para no ofender a ningún compañero que, como grandes profesionales, se sienten implicados con el trabajo que les ha tocado realizar) y ello por diversos motivos:

- 1.- La materia con la que trabajan afecta directamente al ciudadano de a pie que debe sentir la Fiscalía como una institución cercana a sus problemas reales. Una de las labores fundamentales es la relación con entidades sociales, instituciones públicas y diversas redes (de servicios sociales, de servicios

sanitarios, etc...) que el profesional debe conocer perfectamente y cuyo conocimiento no se adquiere con los estudios que hemos realizado.

2.- Es preciso el conocimiento básico de materias a las que no hemos tenido acceso (psiquiatría, derechos humanos en caso de discapacidad, etc....).

3.- La regulación jurídica existente es transversal no bastando con conocer el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento si no que deben utilizarse multitud de leyes nacionales y autonómicas para dar una respuesta en derecho a la multitud de los problemas que se presentan.

4.- Es un derecho vivo donde los principales problemas que son los que afectan a la persona no se encuentran resueltos por la ley si no que es preciso el uso continuo de la analogía, la equidad y los principios generales del derecho.

5.- Actualmente se encuentra en un profundo proceso de transformación al tener que adaptar nuestra legislación a la Convención lo que supone un profundo cambio en el acercamiento a las instituciones jurídicas que lo regulan.

Para terminar digamos que estas Reglas de Brasilia disponen que se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación. Igualmente las mismas hacen una clara apuesta por la implantación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, si pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de estas personas.

V.- LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA. EL ARTÍCULO 14 DE LA CONVENCIÓN.

Dispone el artículo 14 de la CNUDPD:

<< 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

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

Esta cuestión se contempla también en las Reglas de Brasilia que considera que entra dentro del concepto de privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo por lo que incluye, como no podía ser menos, dentro del concepto los internamientos involuntarios cualquiera que sea el motivo que los justifique.

El artículo 14 no parece prohibir este tipo de internamiento si bien si establece una garantía de su disfrute en igualdad de condiciones de las personas

con discapacidad y el resto de los ciudadanos. Tal como establece la Convención el internamiento forzoso sería discriminatorio si el mismo se justifica tan solo por la existencia de la discapacidad de forma exclusiva. No sería discriminatorio si le es aplicable a todos con independencia de que posean o no una discapacidad como ocurre, por ejemplo, con el internamiento establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Ahora bien, ¿Que ocurre con el internamiento por razón de trastorno psíquico con finalidad terapéutica? ¿Y si la finalidad es asistencial? ¿Estaríamos ante una medida discriminatoria que debe suprimirse por conculcar el Convenio?

Este internamiento previsto como sabemos en el artículo 763 de la LEC determina una excepción a la regla general basada en determinadas condiciones no referidas a la discapacidad sino a la enfermedad psíquica. Lo importante es la posibilidad de consentir no la situación de discapacidad. Si se puede consentir no existirá internamiento involuntario por mucho que la persona posea una discapacidad e incluso aunque esta condicione la decisión a adoptar. Si no se puede consentir el internamiento será involuntario aunque (y esto solo lo podemos decir hipotéticamente) la persona carezca de discapacidad alguna.

El internamiento forzoso de carácter urgente tal como esta regulado en derecho español, a iniciativa de la autoridad médica convalidada por la autoridad judicial, no es contrario a la Convención, siempre que se den los mismos controles que para la privación de libertad de cualquier ciudadano (intervención judicial, control periódico, justificación suficiente).

El internamiento forzoso ordinario de nuestro ordenamiento solo podrá autorizarse con motivo de un tratamiento médico imposible de garantizar en régimen ambulatorio. Lo que si puede provocar la Convención es que la prorroga del internamiento debe considerarse como una medida excepcional sometida a un verdadero control jurisdiccional y no a un mero visto bueno judicial a la



decisión médica tal como ocurre ahora en muchos casos. Por ello, como ya ha sido defendido por nuestro compañero López Ebri en las notas de servicio de la Fiscalía de Valencia, se requiere no solo el informe médico del centro psiquiátrico, sino también el del médico forense o pericial médica adecuada, así como un nuevo examen judicial y la audiencia del interno. Solo con esa práctica se cumplirá la disposición del convenio del control periódico de las medidas limitadoras de los derechos de las personas con discapacidad¹⁰.

En cuanto a los internamientos de carácter asistencial, tan problemáticos en algunos territorios, debemos destacar el carácter dinámico que la Convención da al concepto de discapacidad. Este carácter impide la existencia de soluciones jurídicas no sujetas a plazos breves de control judicial efectivo, por lo que debe rechazarse la doctrina que considera que estos internamientos no precisan de autorización judicial ya que ello puede encubrir un internamiento no voluntario que se efectúa sin o en contra de la voluntad de la persona mayor vulnerable en contra de lo dispuesto en la Convención. Estamos en presencia de un argumento más para defender la postura de la necesidad de autorización cuestionada por algunos órganos judiciales.

No quisiera terminar este apartado sobre la libertad en la Convención sin hacer referencia al ingreso en prisión de personas con discapacidad en general, y especialmente los discapacitados psíquicos y los enfermos mentales¹¹. Estos también se ven amparados por la Convención ya que su trato

¹⁰ Tal como dispone el artículo 12 número 4 de la Convención: << Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas>>.

¹¹ Sobre este tema puede verse nuestro trabajo << Situación de deficientes y enfermos mentales en prisión. Realidad y alternativas a la luz de la discusión sobre los fines de las penas>> en *Actual doctrina de la imputabilidad penal Estudios de Derecho Judicial*, Madrid 2007, págs. 281 y siguientes.

cuando realizan actividades delictivas no pueden verse agravadas por su discapacidad.

Digamos que no dejan de ser frecuentes las conductas delictivas realizadas por personas que padecen trastornos mentales o deficiencia mentales. Pero esta frecuencia no deriva de su personalidad sino que mantiene una estrecha relación con las condiciones sociales (las situaciones difíciles tales como el paro, la carencia de hogar y vivienda con el consiguiente vagabundeo en la calle, la emigración - legal e ilegal- , los traumas biográficos, el haber sido víctima de abusos e incluso de tortura, la pobreza, además del abuso y/o dependencia del alcohol u otras drogas). Esta comprobado, además, el problema tan frecuente de los pacientes que tras su estancia en prisión, al ser puestos en libertad, se les interrumpe el tratamiento, no establecen contacto con el servicio de salud mental de referencia, y a menudo no volverán a estar en tratamiento hasta que vuelven a prisión, tras la recaída y la repetición de las conductas delictivas.

El Defensor del Pueblo Andaluz¹² refleja claramente esta realidad indicando como causas de la existencia de enfermos mentales crónicos en las cárceles las siguientes:

- la falta de apoyo familiar y social.
- el entorno marginal en que se desenvuelven.
- la inconveniencia de aplicar las medidas de internamiento.
- la indefensión que padecen en el proceso penal dada su situación de exclusión y su nula conciencia de enfermedad.
- la carencia de defensores judiciales e instrumentos de tutela eficaces.

¹² << Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces>>, Sevilla 1997, págs. 9 y siguientes y 39 y siguientes. También puede contemplarse lo que estamos describiendo en el informe de la misma institución << Deficientes mentales internados en centros penitenciarios andaluces>>, Sevilla 2000.

- la ausencia de alternativas específicas para los enfermos crónicos en los servicios asistenciales.

En el campo de los deficientes mentales introduce la lógica presencia de casos dudosos de retraso mental límite¹³, las instrucciones judiciales poco minuciosas y las defensas jurídicas superficiales que no han sabido detectar la minusvalía del acusado.

Este problema, a nuestro entender, se complica aún más con el actual sistema de juicios rápidos ya que la mayor parte de los delitos que cometen estos enfermos se encuentran dentro de su ámbito y la presión que la legislación ejerce sobre los Jueces hace que estos casos aumenten de forma importante. Un diagnóstico adecuado de estas enfermedades no puede darse en el parco periodo de tiempo que los mismos imponen, lo que unido a la tendencia de deficientes y enfermos mentales a desconocer u ocultar su enfermedad, así como su situación, en muchos casos, de exclusión familiar provoca un aumento de los casos en los cuales se condena (incluso con conformidades de personas que no entienden realmente lo que las mismas suponen) sin tener en cuenta mínimamente la patología psíquica del autor.

Indicaba Salinero Román, comentando la escasa trascendencia y atención que a veces se presta al enfermo mental en los Juzgados y Tribunales:

<< Tres pueden ser a mi juicio, entre otras posibles, las razones de este llamémosle abandono o pasividad frente a la problemática del enfermo mental sujeto a un proceso de naturaleza penal (...):

¹³ En muchos casos es difícil distinguir entre la pobreza y la minusvalía mental, máxime si quien lo hace no es personal especializado.



- *La circunstancia de que cuando el juzgador se enfrenta a una causa con una persona imputada o procesada en dicho estado, se siente de alguna manera importunado por constituir una alteración en la tarea rutinaria de cada día, que obliga a apartarse de los hábitos de actuación dominados o creídos dominar para estudiar y analizar con atención el supuesto dedicándole un tiempo que repercute en el ritmo diario de trabajo, en ocasiones agobiante. Se prefiere en ese caso olvidar un asunto que sólo ocasiona problemas por su novedad y aparcar al enajenado en cualquier lugar, pues se cree en definitiva que es una persona que a nadie interesa y da igual dónde se encuentre.*

- *La última hace referencia a la necesidad de examinar y estudiar conceptos y situaciones como las psiquiátricas con las que el juez no suele estar familiarizado por serle ajenas, y que en general se desconocen, pues en ocasiones expresan ideas abstractas de difícil constatación que obligan a realizar un esfuerzo difícil de asumir por una mentalidad acostumbrada a trabajar con otra metodología.*

Me atrevería a afirmar que el enajenado es un cuerpo extraño, introducido en el proceso penal diario que hace chirriar la oxidada maquinaria Judicial y que sólo genera dificultades, que no estamos habituados a resolver provocándonos la única preocupación de intentar quitárnoslo de encima para lo cual adoptamos decisiones a veces no demasiado reflexionadas con fines puramente represivos o pietistas, ninguna de las cuales es satisfactoria y desde luego la primera injustificable>>¹⁴.

Las consecuencias que esto tiene para las personas aquejadas de enfermedad mental o deficiencias psíquicas son tremendas.

¹⁴ << La situación de los enfermos mentales sometidos a proceso penal>> en *Revista Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 31, Madrid 1994, págs. 281-298.



En el caso de la enfermedad mental ya se atisbaron estos riesgos en el año 1987. En ese año un Comité constituido por la Asociación de Jueces para la Democracia, Unión Progresista de Fiscales y la Comisión Legislativa de la Asociación de Neuropsiquiatra de Andalucía indicaba que << ...*Cuando se unen enfermedad mental deteriorante grave, de curso prolongado, y dificultades familiares (penuria económica, ausencia o avanzada edad de los padres, etc) hay únicamente la breve estancia en la Unidad de Agudos, la visita periódica al domicilio, la inyección mensual... El resto es encierro en el domicilio, vagabundeo sin rumbo. Empleo u ocupación protegida, apoyo psicosocial mantenido, programas específicos de rehabilitación de pacientes a medio y largo plazo... nada de eso existe. Este problema, a corto plazo, va a ser el origen de una nueva institucionalización, de un nuevo encierro, más duro y difícil de desmontar que el presente. Algunas de las personas ya están en el Psiquiátrico Penitenciario y otros, los que tienen dinero, en clínicas y residencias privadas, encerrados...>>¹⁵.*

Se dice que estos internos (que no son pocos¹⁶) son los más marginados entre los más marginados. Son marginados en los propios centros penitenciarios; acaban siendo reclusos en las enfermerías o desamparados en los módulos. Y provienen de las capas sociales más desprotegidas. Por ello, requieren una especial atención y apoyo.

¹⁵ *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. VII, nº 21, de 1987. Citado por el Defensor del Pueblo Andaluz << *Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces*>>, Sevilla 1997, pág. 12.

¹⁶ El Defensor del Pueblo de Andalucía en las páginas 35 y 36 del Informe de 1997 que estamos contemplando consideraba que el número de enfermos mentales crónicos y graves en Centros Penitenciarios ordinarios ronda el 2% y el 4,35% de los internos. En cuanto a deficientes mentales el DPA en su Informe de 2000 (pág. 75) detectó 82 casos en 1998 (un 0,84%) de los cuales en solo 20 (pág. 87) se había contemplado la discapacidad en la sentencia. El numero es lo menos importante ya que con un solo enfermo mental o discapacitado psíquico que hubiera en prisión el sistema habría fracasado. En el caso de deficientes psíquicos la Confederación Española de Organizaciones en Favor de las Personas con Retrasos Mentales (FEAPS) considera que en las cárceles españolas hay aproximadamente un 0,8 por ciento de internos que padecen algún tipo de retraso mental, y que se encuentran cumpliendo condena en establecimientos de régimen ordinario, con el resto de la población reclusa en general. En las cárceles españolas viven más de setecientos discapacitados psíquicos, según los datos que maneja el Gobierno, algunos incluso con una discapacidad del 98 por ciento.



En el campo de la discapacidad intelectual se hace muy difícil distinguir entre el retraso mental leve o ligero y la simple pobreza extrema y el bajo nivel cultural. Ahora bien, estas personas tienden a seguir a otros con facilidad pudiendo estos manipularlos. Por ello son con frecuencia utilizados por otros para la comisión de actos delictivos sin ser conscientes de las consecuencias de los mismos. Cuando son detenidos responden de manera confusa a los funcionarios policiales lo que aumenta su vulnerabilidad y sus posibilidades de ser encerrados. Suelen responder de forma afirmativa al ser interrogados con el fin de ganarse la aprobación del interrogador y ocultar su discapacidad. Una vez en prisión sus posibilidades de recibir beneficios penitenciarios son menores que el del resto de los internos¹⁷.

Por ello la estancia en prisión de las personas con discapacidad intelectual es completamente devastadora ya que son objeto de abusos, explotación, manipulación e incompreensión lo que provoca un mayor número de actos de indisciplina que perjudican su acceso a los beneficios penitenciarios. Carecen también de programas específicos de reinserción y rehabilitación que se adapten a sus necesidades¹⁸. Esto transforma la pena en un castigo cruel y degradante proscrito por los derechos humanos y por la misma Convención.

El hecho de que la privación de libertad, sobre todo cuando es prolongada, produce a menudo perturbaciones psíquicas debido a determinadas circunstancias tales como los problemas de espacio, la pérdida de intimidad, el hastío y el aburrimiento, la violencia existente, y el resto del fenómeno denominado prisionización, algo que se agrava cuando se posee una

¹⁷ Sobre esta materia puede verse << Régimen penitenciario y retraso mental >> y << Retraso Mental y delincuencia >> impresos ambos en Sevilla en 1998 y 2000 y que pueden conseguirse a través de la Fundación Tutelar Tau.

¹⁸ << Régimen penitenciario y retraso mental >> Sevilla 1998, Fundación Tutelar Tau, págs. 159 y siguientes. Sobre los problemas de los deficientes mentales en prisión puede verse también el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz << Deficientes Mentales internados en centros penitenciarios andaluces >>, Sevilla 2000, págs. 89 y siguientes.

patología previa no detectada, esta suficientemente demostrado por los expertos¹⁹.

Nuestro derecho debe buscar mecanismos legales e implantar recursos que permitan el trato equitativo a las personas con discapacidad que cometen actos delictivos.

¹⁹ Sobre esta y otras cuestiones puede encontrarse información en la obra de Ríos Martín, J.C. y Cabrera Cabrera, P.J.; << *Mil voces presas*>>, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1998.

VI.- LOS ARTÍCULOS 15 Y 17 DE LA CONUDPD. DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD.

Los artículos 15 y 17 de la Convención reúnen los derechos a la dignidad personal y a la integridad física y mental de la persona con discapacidad, derechos interrelacionados y de gran trascendencia en la consideración de la humanidad de la persona con discapacidad. Esta puede ser una afirmación muy radical pero no hay que olvidar que durante la historia de la humanidad la discapacidad ha sido tratada como una forma de inhumanidad, excluyendo de la condición de persona a los que eran diferentes. Tampoco hemos cambiado tanto. Todavía, en el Siglo XXI, uno sigue encontrando y no muy lejos de donde vive, personas atadas con cadenas en cuerdas y sótanos, que solo saben gatear y que comen como animales ocultos por aquellos que más próximos les son.

Y eso que a principios del mes de abril de 2009 leímos con agrado la noticia de que el equipo de investigadores de Atapuerca había identificado un cráneo humano de un niño que podría tener entre los 5 y 12 años y que padecía una rara deformidad craneana que indica que tuvo un retraso mental. El estudio, que se publica en la edición digital de la revista 'Proceedings of the National Academy of Sciences' (PNAS) proporciona evidencias de que los antiguos humanos no eliminaban de forma inmediata a los descendientes con deformaciones. Al contrario, la posible supervivencia de este niño hasta aproximadamente los 10 años de edad es significativa. Las deformaciones craneoencefálicas que presenta pudieron ser la causa de algún tipo de retraso psicomotor por lo que tuvo que recibir cuidados especiales, además de los propios de la infancia. Nuestros antepasados no eran seres insensibles. Cuidaban de los suyos, aunque los mismos nacieran << diferentes >>.

Pero, frente a esta maravillosa muestra de la grandeza humana, son muchos los ataques históricos a la dignidad de estas personas. Por ello se

habla del modelo eugenésico de acercamiento a la discapacidad como el de la antigüedad clásica. Este modelo consideraba que el nacimiento de un niño con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres lo que unido a la idea de que la vida de una persona con discapacidad no merece la pena ser vivida, sumada a la consideración de estos niños como carga, nos llevaba al infanticidio de los mismos.

Estas tendencias eugenésicas han sobrevivido hasta nuestros días y no como un ejercicio puramente académico. Aunque solemos identificar el mismo con la Alemania nazi ni su origen, ni su mayor duración e incidencia, hacen que podamos considerar este país como el principal representante²⁰. Si indagamos en los orígenes de estas prácticas en la sociedad contemporánea podemos indicar que, en una fecha tan temprana como 1898 el estado norteamericano de Michigan dictó un decreto de esterilización eugenésica que disponía la castración de los internados en el Asilo para Débiles Mentales de dicho estado. En 1905 se establecía la esterilización en estos casos en Pensilvania. A partir de ahí, entre 1911 y 1930, se aprobaron en 24 estados leyes de esterilización dirigidas a diversos “inadaptados” sociales: retrasados mentales, criminales y enfermos mentales. Muchas de estas leyes, unas se utilizaron otras no, siguen estando vigentes aún hoy. Esta filosofía se reflejaba con la famosa frase del Juez del Tribunal Supremo norteamericano Holmes (considerado el jurista anglosajón más famoso de todos los tiempos) para justificar la eugenesia: << tres generaciones de imbéciles son suficientes>>.

Pero no solo en EEUU. Canadá llevó a cabo miles de esterilizaciones forzosas hasta los años 1970. Suecia esterilizó por la fuerza a 62.000

²⁰ De gran importancia en el movimiento eugenésico alemán es la publicación en 1920 por el médico Alfred Hoch y el ilustre penalista Karl Binding del libro titulado «Autorización para la destrucción de vidas indignas de vivir». En ese libro acuñaron la expresión de «vidas indignas de ser vividas» y reclamaron la autorización de la eutanasia para unos seres humanos a los que describían como «cáscaras humanas vacías». Quizás de lo que debe acusarse a los gobernantes alemanes de la época nacional-socialista es el haber aplicado estas técnicas a lo << grande>> y sin complejos y, por ello, de forma sistemática.

personas, principalmente enfermos mentales como parte de un programa eugenésico que duró 40 años (el gobierno sueco ha indemnizado posteriormente a los afectados.) Aparte de los programas a gran escala de los Estados Unidos, otros países como Australia, el Reino Unido, Noruega, Francia, Finlandia, Dinamarca, Estonia, Islandia y Suiza llevaron a cabo programas de esterilización de personas declaradas deficientes mentales por el estado.

Con estos precedentes, que deberemos recordar luego al hablar del aborto o de la esterilización, no es de extrañar que la Convención haya tenido un especial cuidado en despejar estas cuestiones. Por otro lado, lo que hace la Convención no es más que declarar de forma expresa para las personas con discapacidad los que son derechos internacional y constitucionalmente establecidos para todo ser humano.

Así el artículo 14 dispone:

<< 1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado.

2.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes >>.

Nos encontramos aquí con dos cuestiones fundamentales: el sometimiento a tortura u otros tratos o penas crueles y degradantes y la realización de experimentos científicos o ensayos clínicos sin el consentimiento del enfermo.

Empezando por el tema de los **ensayos clínicos** por ellos podemos entender toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento a través de su aplicación en seres humanos orientada a poner de manifiesto sus efectos o recoger datos de referencia, establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada, o conocer el perfil de sus reacciones adversas y establecer su seguridad en definición del artículo 1 del Real decreto 561/1993 de 16 de abril que los regula desarrollando la Ley del Medicamento de 20-12-1990.

Existen dos clases de experimentación²¹:

- La terapéutica que consiste en la aplicación a determinados pacientes de tratamientos cuya eficacia no ha sido todavía plenamente contrastada desde el punto de vista científico, y que, por tanto, no se han incorporado a la medicina como remedios terapéuticos reconocidos.
- La no terapéutica o pura, en la que la investigación se realiza en individuos sanos, con un objetivo puramente científico.

En el caso de la realización de estos ensayos con incapaces se establecen una serie de limitaciones y cautelas de las que podemos destacar las siguientes tal como dispone el Artículo 6-3º del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, aprobado por el Consejo de Ministros Europeo el 19 de noviembre de 1996:

- Que los resultados previstos en el experimento supongan un beneficio real y directo para la salud del incapaz. Excepcionalmente podrá prescindirse de este requisito en el caso de que el experimento tenga por objeto, mediante una mejoría significativa del conocimiento

²¹ Seguimos a Romeo Malanda, S., << El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (I)>> en Revista Jurídica La Ley de 17 de noviembre de 2000, pág. 7.

científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno o que presenten las mismas características, siempre que el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.

- Que el experimento no pueda realizarse con eficacia comparable en sujetos capaces.
- Que el incapaz no exprese su rechazo al mismo.

El Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero regulador de los ensayos clínicos, regula los realizados en personas incapacitados en el artículo 5 de la siguiente forma:

<< Artículo 5. De los ensayos clínicos con adultos incapacitados.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el art. 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos en adultos que no estén en condiciones de dar su consentimiento informado y que no lo hayan dado con anterioridad al comienzo de su incapacidad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

- a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.*



- b) *Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.*

- c) *Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el art. 7.3. En todo caso, los sujetos no deben haberse negado a dar su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de su incapacidad.*

- d) *Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad y del grupo de pacientes afectado>>.*

El consentimiento se presta en estos casos por el representante legal del incapaz, con la participación de este en cuanto sea posible, pero carece de cualquier posible control institucional ya que, frente a lo que ocurre en el caso de los menores y también se daba en la anterior regulación, no impone la obligación de comunicar el ensayo al Ministerio Fiscal. No obstante, nosotros creemos que si llegará al Juez o al Ministerio Público el conocimiento de la realización de estos ensayos en condiciones de perjuicio a la persona discapacitada sin capacidad de consentimiento podrá actuar utilizando la vía del 158-4º y 216 del CC.

En esta materia nos cabe una última reflexión: ¿la literalidad de la Convención impediría todo ensayo en el caso de imposibilidad de prestar el consentimiento de forma personal por el incapacitado? ¿es posible aquí la utilización del consentimiento por representación? Aunque es un tema abierto



en el que yo creo que el concepto de mayor interés del discapaz tiene mucho que decir, lo que esta claro es que la Convención pretende la existencia de un cierto control y garantías que impidan la afectación de la dignidad y la integridad de la persona discapacitada. Pero si no damos la opción de que los órganos de justicia puedan conocer de la realización del ensayo, si no se exige autorización judicial al representante y no se comunica al Fiscal la practica del ensayo ¿cómo se puede controlar la existencia de intereses ajenos a los del discapaz? Entiendo que si verdaderamente queremos respetar la Convención manteniendo la posibilidad de la realización de estos ensayos (muchas veces imprescindibles para obtener soluciones para el propio incapaz) debe volver a aplicarse en estos casos el mismo sistema que para los menores en los que se exige la puesta en conocimiento del ensayo con menores del Ministerio Fiscal porque ¿ no estaríamos en otro caso ante un tratamiento diferenciado en dos sujetos carentes de capacidad?

Un segundo aspecto que se encuentra a caballo entre los artículos que estamos comentando y el 2º apartado del artículo 14 es el de la problemática de las **personas con discapacidad en los establecimientos penitenciarios** ya que, por un lado, la pena no puede ser cruel ni degradante y, por otro, no puede suponer un trato desigualitario para los mismos. El principal problema a contemplar viene motivado fundamentalmente por la circunstancia de que en las prisiones no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de estos internos, sin que la intervención de entidades privadas que están desarrollando programas dentro de las prisiones pueda paliar la deficiente situación. Estos programas llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sometidos al cumplimiento ordinario con el consiguiente fracaso del tratamiento al que son sometidos.

Con el tratamiento penitenciario que se dispensa a estos internos en el régimen ordinario, el cuidado de su salud mental es el menos óptimo, como lo demuestran las altas cifras de reincidencia, y se incumple por la



administración penitenciaria la obligación que impone la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 36, 2, que contempla el deber de la administración de facilitar centros, diferentes de los de cumplimiento ordinario, en donde los penados aquejados de enfermedades puedan recibir el tratamiento adecuado.

Debemos tener en cuenta que el principio 20 de los adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 establece que

<< 1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental.

2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 supra. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 supra.

3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica>>.

La propia directora general de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo, ha reconocido que *<< es improcedente que un discapacitado psíquico esté en un centro penitenciario. No es un lugar para ellos, es un mundo muy duro: al discapacitado se lo comen en tres ratos>>.*

A pesar de ello, un discapacitado psíquico puede pasar meses en una enfermería de una prisión cualquiera, a cargo simplemente de un preso de confianza, y convivir cada día con los demás reclusos. La Fiscalía General del Estado considera que la situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con los que se enfrenta el sistema penitenciario español.

La política criminal debe orientarse hacia una noción humanista y solidaria, que atienda al criterio de a cada uno según sus necesidades, lo que significa que a los débiles, grupos minoritarios, pobres, drogadictos, extranjeros, enfermos mentales y a todos aquellos que de alguna manera se hallan en posición social desventajosa y son especialmente vulnerables, habría que hacer lo necesario para compensarles su desventaja.

Pero esto, en realidad, no es así. Nuestra actual política criminal radica en la persecución de la delincuencia habitual de baja intensidad olvidándose de los grandes delitos. Basta observar la población penitenciaria española. Es decir, la actual política criminal va encaminada a la pura y dura represión del pequeño delincuente. Pensemos en la presión de los juicios rápidos, dirigidos a perseguir esa pequeña delincuencia, en los Juzgados de Instrucción y en el empeño que los políticos que los crearon han puesto en ellos. Lo que se busca es disminuir la sensación de inseguridad y no el perseguir el delito. Esta presión como sabemos ha provocado que el tiempo para instruir delitos de cierta importancia haya disminuido colapsándose los Juzgados.

A pesar de lo dispuesto en la legislación penitenciaria (artículos 16, 36, 37, y 38 LGP y 183 a 191 RGP) no existen verdaderas unidades psiquiátricas penitenciarias en las prisiones de régimen ordinario, ni verdaderas actividades rehabilitadoras que incrementen las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y faciliten su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos.

La realidad es que por la patente falta de medios las medidas de reinserción se han convertido en mero papel mojado. Todo esto hace que para muchas personas con discapacidad la estancia en prisión pueda suponer la aplicación de un pena que por su inútil capacidad rehabilitadora y por sus especiales dificultades puede transformarse en una pena cruel y degradante por lo que deben buscarse los mecanismos para que esto no sea así.

Como indica Carlos Ganzenmuller la reforma de la legislación Penitenciaria de aplicación a los internos con discapacidad es una cuestión prioritaria. La Ley General Orgánica Penitenciaria (L.O. 1/79 de 26 de septiembre), el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) deben recoger previsiones especiales para los reclusos con discapacidades, en consonancia con lo prescrito por la Convención.

El último aspecto que hemos reflejado es el de las **sujeciones y contenciones mecánicas** en los centros residenciales y de internamiento.

Sabemos que el manejo de los residentes con discapacidad, sobre todo si esta es psíquica, exige a veces métodos - que no medios terapéuticos porque no lo son- que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, los supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Las indicaciones más habituales para la aplicación de estas restricciones físicas son evitar o reducir riesgo de caídas, evitar posturas anómalas, prevenir lesiones, potenciar terapias conductuales, o evitar el deterioro de las instalaciones. Estas sólo se han de utilizar como medida terapéutica valorando las indicaciones específicas, definiendo objetivos concretos, especificando la duración, con consentimiento de la persona, informando a la familia y con registro en la historia clínica. Antes de

utilizarlas hace falta valorar las contraindicaciones y buscar formas alternativas de prevención de riesgos. No digamos nada de los importantes efectos negativos que pueden tener los regímenes de aislamiento que son vistos con desagrado por la Convención.

Por ello, estas medidas, deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente.

Nuestra legislación no establece garantía alguna para la aplicación de estos mecanismos fuera de los que pudiéramos derivar de los derechos fundamentales. En principio parece que basta una mera buena praxis en su ejecución, por lo menos cuando estamos ante un caso puntual y reducido en el tiempo. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que cuando estos son excepcionales y por tiempo dilatado, es precisa la existencia de un plus de garantías dada la especial afectación de estas medidas a derechos de calado fundamental. Y ello porque sería paradójico que el tutor necesite autorización para, por ejemplo, vender un bien o tomar dinero a préstamo en nombre del pupilo y esta no sea precisa para estos otros actos que suponen una mayor relevancia y significado para la esfera jurídica personal del incapaz.

En este sentido, se manifiesta el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio (Código de Familia) al establecer que *<< la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe*



comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo>>, existiendo abundantes casos en el derecho comparado, de exigencia de autorización judicial en estos supuestos.

Por otro lado, en algunas Comunidades Autónomas como la Andaluza, se debe tener en cuenta el artículo 34- 2º de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía que indica que *<< los usuarios de los centros residenciales y de día tendrán derecho a participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención que han de recibir en ellos y que, en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes>>*.

Por todo ello, nosotros, a pesar de la no exigencia de la ley, creemos que, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés del discapaz y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. Añadamos que la utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atentan directamente contra la dignidad, la integridad e incluso la vida de la persona afectada²².

²² Últimamente los medios de comunicación nos informan de muertes de personas con discapacidad por una mala praxis en el uso de las contenciones. Así enfermo mental ha muerto en un incendio de la Unidad Psiquiátrica del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla. Lo que muchos de los medios no dicen es que murió porque se encontraba atado a la cama y porque no se siguió el protocolo establecido de vigilancia cada 15 minutos por lo que se puso a fumar y provocó el fuego. Cuando llegó el personal estaba completamente carbonizado. Igualmente en julio de 2008 se condenó al director de un geriátrico por atar a una anciana con un cinturón abdominal a la cama sin suministrarle tranquilizante alguno que murió asfixiada al caerse al suelo.

Son muchos más los argumentos que podemos utilizar para defender nuestra postura. Por un lado, estas cuestiones han sido tradicionalmente denunciadas por el Defensor del Pueblo a partir de 1991 tras la realización de su informe sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España, completado en 1996 con el relativo a la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Actualmente, y en el campo de los enfermos mentales, ha vuelto a incidir en la necesidad de autorización judicial en el informe que realizó al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621. En todos estos supuestos desde el Defensor del Pueblo se consideró que la utilización de esos medios mecánicos de sujeción sólo excepcionalmente podía ser admitida, siempre y cuando que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. En cualquier caso sería necesario una comunicación al juez competente, informándole de la prescripción médica que aconseja la aplicación de esos medios mecánicos de sujeción²³.

Estos derechos entendemos que no prohíben los **tratamientos ambulatorios forzosos** siempre que estos se realicen respetando los mecanismos de consentimiento informado comunes a todos los ciudadanos. Estos necesitan una continuidad y una cierta colaboración por parte del enfermo para llevarse a cabo y solamente pueden plantearse si el enfermo carece de capacidad para prestar su consentimiento informado ya que, en

²³ A pesar de lo indicado la AP de Jaén, en autos de fecha 31-3-2006 (3ª) y 12-7-2006 (1ª), entiende que no es necesaria la autorización al no estar prevista legalmente la misma en la LEC y en haberse dado el consentimiento por la tutora de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Autonomía del paciente 41/2002. Estos autos basan la exclusión en que nos encontramos ante un tratamiento médico para el que basta el consentimiento informado del enfermo o su representante en caso de incapacidad, cuando en realidad, como indica el Defensor del Pueblo, no nos encontramos ante un tratamiento médico en sí, sino ante formas de manejar determinadas alteraciones de la conducta de la persona que está siendo tratada y que pueden incidir sobre ellos mismos y sobre el medio que le rodea.

otro caso, debe respetarse su decisión. Al encontrarnos ante una enfermedad crónica e incurable, la falta de tratamiento incide de forma importante en la calidad de vida del enfermo. Este tema solo puede predicarse en el campo de las personas que han perdido su capacidad decisoria y fundamentalmente en el caso de los enfermos mentales que suelen carecer de conciencia de enfermedad y suelen estar desarraigados social y profesionalmente y muchas veces también familiarmente, creando importantes problemas de tensión y de violencia en su entorno íntimo. A esto se une la estigmatización de las enfermedades mentales y los importantes efectos secundarios de la medicación. En estas condiciones, la falta de colaboración con el tratamiento es casi lógica. Por ello, es habitual el preguntarse si es posible obligar al discapaz a someterse al mismo, incluso utilizando mecanismos de coerción para llevarlo a cabo.

Si bien la doctrina no es unánime varios son los argumentos que se dan para la admisión de su práctica. Así un importante sector doctrinal considera aplicable en estos casos de forma analógica la regulación existente en materia de internamientos, exigiendo, por ello, autorización judicial²⁴. El principal problema que esta solución plantea es el de que nuestra Constitución establece la necesidad de una ley específica que habilite al Juez para la afectación de derechos fundamentales - como la libertad o la integridad física que se pueden ver afectadas por estos tratamientos - y, al contrario que en el internamiento, en estos casos carecemos de dicha ley habilitante²⁵.

²⁴Rivero Hernández, F. " Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios" en Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Pág. 216.

²⁵Con excepción del derecho catalán, ya que el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio de Código de Familia señala que " la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en peligro su vida o su integridad física o psíquica.

Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otra persona o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo".

Con estos problemas, puede ser posible imponer estos tratamientos, si bien solo en el caso de que la persona afectada no se encuentre en condiciones de capacidad para prestar o no su consentimiento libre y voluntariamente. Esto puede ser así ya que antes el artículo 211 CC y hoy el 763 LEC permite el internamiento que va dirigido a tratar médicamente a una persona mediante su ingreso obligatorio en un centro, con mayor razón - quien puede lo mas, puede lo menos en dicción de la sentencia del TC (2ª) de 16 de julio de 2001- podrá establecer la obligatoriedad de un tratamiento que no precise para el mismo de la necesidad de la privación de libertad que supone el internamiento²⁶ . Otra posición podría llevarnos al absurdo de tener que internar a una persona para poder aplicarle el tratamiento que necesita²⁷ .

Ferreirós Marcos²⁸ , por el contrario, se opone a esta posibilidad, al entender que es jurídicamente discutible ya que el órgano judicial se limita a autorizar una intervención sanitaria y la Administración Sanitaria no tiene conferida la potestad de aplicar tales tratamientos. En igual sentido, la STC 169/2001 de 16 de julio entiende que el razonamiento de que quien puede lo mas, puede lo menos tiene que aportar suficiente previsión normativa y que el hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos. Entiende este autor que esto no se da en estos casos en lo que hace referencia a la enfermedad mental, puesto que teniendo en cuenta que los internamientos son de corta duración, es muy discutible que el tratamiento ambulatorio dentro de la comunidad sea la alternativa menos

²⁶A favor de esta posibilidad como alternativa al internamiento se manifestó el Seminario sobre Derecho de Familia y Derecho Civil en materia tutelar de discapacitados celebrado por el Consejo General del Poder Judicial y la Fundación Aequitas en Madrid en el año 2003.

²⁷Ver García-Ripoll Montijano, "La protección del enfermo mental no incapacitado", Jose Maria Bosch editor, Barcelona 1992, pág. 145 y ss. También Rivero Hernández, Fco., " Los derechos humanos del incapacitado." en Derechos Humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto, J.M. Bosch editor, Barcelona 1997, págs. 63 y ss.

²⁸Ferreirós Marcos, C. E. " Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", Ponencia presentada en el Seminario sobre Incapaces celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y la Fiscalía General del Estado celebrado en Madrid en junio de 2002. Págs. 191. Inédito.



restrictiva, dada su duración y el ataque que supone a la privacidad ya que tiene lugar en el entorno habitual del paciente. En estos casos, además, lo único que puede garantizar el Juez es que, si el enfermo no acude a las consultas, pueda ser conducido por la fuerza pública, para que el psiquiatra lo ingrese o le aplique el tratamiento adecuado. Debemos tener en cuenta, que estos sistemas solo sirven para el tratamiento con medicación, que es un componente importante del plan terapéutico global, pero no el único, siendo de difícil aplicación a los casos de psicoterapia fundamental en el tratamiento de la enfermedad mental.

Otro argumento a favor de la posibilidad de aplicar estos tratamientos se encuentra en la aplicación conjunta de los artículos 158-4º CC, aplicable a los incapaces según establece el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal, y el 762-1º²⁹ de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del presunto incapaz³⁰. A través de esta vía podría imponerse un tratamiento contra o sin la voluntad de quién, debido a su falta de capacidad, no presta su consentimiento, siempre, naturalmente, que el mismo sea necesario en su interés. Lógicamente, no existe este problema de ausencia legal en aquellos tratamientos que puedan incluirse en los supuestos de la Ley Orgánica de 14 de abril de 1986 de medidas especiales en materia de Salud Pública, para los que si podemos entender que existe cobertura legal. Estos artículos pueden ser puestos en relación con el artículo 9-2º b) de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente.

Las soluciones que apuntamos, si bien en la práctica se están utilizando con cierta asiduidad para solucionar un problema que generalmente nos preocupa a todos, no dejan de ser muy criticables desde el punto de vista de

²⁹En este artículo basa la posibilidad de su aplicación, entre otros, Vargas Cabrera, B. " Aspectos civiles y procesales de la discapacidad" en La protección jurídica del discapacitado, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 130.

³⁰En Jaén hemos utilizado en ocasiones las medidas cautelares de los artículos 158-4º CC o 762 LEC, para llevar a cabo un ingreso para reconocimiento y diagnóstico o para la realización de una actividad médica de carácter puntual como puede ser una operación quirúrgica, pero no para materializar un tratamiento prolongado en el tiempo.



la necesidad de reserva legal que deben tener las instituciones que afectan a derechos fundamentales, según la Constitución y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos³¹. Muchas veces lo que se está pidiendo por los familiares es que les ayuden a llevar a sus hijos a las consultas médicas necesarias para el seguimiento y dispensación del tratamiento ambulatorio dada la posible oposición de los mismos, incluso de forma violenta, provocada por su falta de capacidad. Esta necesidad ha provocado un interesante debate, en el que no podemos entrar, sobre la necesidad de reformar la ley y regular, de forma expresa, esta posibilidad. La Convención deberá estar presente en todo intento de reforma.

³¹Sobre la posibilidad de aplicar estas medidas con la legislación actual, si bien estimando necesaria una reforma legislativa que clarifique la situación se manifestaron los participantes en la Jornada sobre la materia organizada en Bilbao por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, el Consejo General del Poder Judicial, el Servicio de Salud y el Defensor del Pueblo Vasco en junio de 2003.

VII.- EL ARTÍCULO 10. DERECHO A LA VIDA.

La Convención incide en la importancia y trascendencia de este derecho declaración, dado el escaso valor que en algunas culturas se le otorga a la persona con discapacidad, y en relación a países cuya legislación autoriza cuando se diagnostica una discapacidad en el feto la practica del aborto, aunque no se permite el aborto en el resto de las situaciones, creando así una situación de desigualdad y discriminación de la persona con discapacidad ante el derecho a la vida.

Si bien la Convención, como parte del sistema de Derechos Humanos, no aporta nueva luz respecto al caso de aborto eugenésico y la selección genética o embrionaria, sí parece acorde con la Convención que el caso de aborto eugenésico que << desvaloriza>> al feto en función a su futura discapacidad, desaparezca en una futura revisión de la ley del aborto basada en plazos.

Esta regulación puede resultar discriminatoria para las personas con discapacidad, por lo que parece más acorde con la Convención el establecimiento de una ley de plazos en la que se eliminara esta referencia especial al llamado << aborto eugenésico>>.

Ana Peláez, vicepresidenta del Comité de la ONU para la Discapacidad, considera que si se opta por una ley de plazos no debe haber excepciones. La legislación actual contempla el aborto eugenésico hasta la semana 22. Este supuesto permite a la mujer abortar en ese plazo cuando un diagnóstico médico certifique que el feto padece graves taras. La normativa que prepara el Gobierno deja ese apartado tal cual, pero introduce un nuevo supuesto. Se legaliza el aborto sin límite de tiempo cuando el no nacido presente «malformaciones incompatibles con la vida». Quienes respaldan esta modificación sostienen que hay deformaciones congénitas que no es posible

detectar hasta muy avanzada la gestación, y que países como Francia o Gran Bretaña incluyen este supuesto en sus legislaciones. Sin embargo, la llamada de atención de la vicepresidenta del Comité de la ONU para la Discapacidad no está carente de sentido. Si concedemos que la malformación permite crear un nuevo supuesto adicional para abortar, de alguna manera se está señalando a los discapacitados como seres menos valiosos que el resto y ello atenta frontalmente contra la filosofía de la Convención. La vida de alguien que padece deficiencias físicas o psíquicas tiene el mismo valor que la de cualquiera que no tenga esos problemas.

VIII.- PROTECCIÓN CONTRA LA EXPLOTACIÓN, LA VIOLENCIA Y EL ABUSO. ARTÍCULO 16.

El artículo 16 contempla un contenido de gran trascendencia para el Ministerio Fiscal ya que nuestra institución es uno de los puntales de la sociedad para la reacción ante la situación de abuso y violencia. Dice este artículo:

<< 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la

reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados>>.

Estas situaciones se dan tanto en el ámbito residencial como en el ámbito privado y sus autores suelen ser los cuidadores de los ancianos. En cuanto a la transposición de la Convención a nuestra sociedad podemos resumirla con una mejora de los mecanismos de prevención, persecución y rehabilitación de estos casos³².

En cuanto a los mecanismos de prevención deben aumentarse los controles que, desde el Ministerio Fiscal y los servicios de inspección, se realizan de forma periódica en los entornos residenciales, contemplando no solamente la superficie de las mismas si no incluso los propios esquemas organizativos³³.

Igualmente hay que incidir en el entorno domiciliario a través de los mecanismos de coordinación con los servicios socio-sanitarios y sociales comunitarios que son los que poseen un primer acceso a las situaciones que se plantean. El control de los guardadores de hecho de los discapaces internados,

³² El tema de los malos tratos y los expolios a los ancianos y a las personas con discapacidad ha sido un tema que siempre me ha preocupado especialmente. Dentro de ellos podemos destacar Fábrega Ruiz, C.F.; << *Protección Jurídica de la Tercera edad*>, Colex, Madrid 2000.

³³ Quiero remitirme a la ponencia que presenté en las Jornadas sobre Personas Mayores para Fiscales celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid del 6 al 8 de noviembre de 2006, bajo el título << *La guarda de las personas mayores, con especial referencia al control por el Fiscal de la realizada en entornos residenciales*>>.

siguiendo, en lo posible, el protocolo de la Fiscalía de Valencia, y un escrupuloso control de las tutelas también servirán para evitar estos abusos.

Para ello sería conveniente el aprovechar la red que naturalmente esta realizando las labores de protección de mayores y discapacitados en las distintas Fiscalías dándoles definitivamente un reconocimiento legal, unificando mayores y personas con discapacidad y reforzándolas con el nombramiento de Fiscales Delegados y la formación de especialistas y asignando una plantilla adecuada y no meramente simbólica como ocurre en las mayorías de las Fiscalías.

En los campos de la persecución creemos que debería suprimirse la excusa absolutoria por parentesco en los delitos económicos del artículo 268 CP en los casos en que la víctima fuera persona con discapacidad, anciano o persona especialmente vulnerable. Igualmente, deberían modificarse los delitos de abandono para que no se pudiera interpretar exigiendo el peligro concreto y pudieran perseguirse a quien abandona a un discapaz aunque lo haga en un centro hospitalario o residencial donde pueda ser atendido inmediatamente.

Decimos esto por ser mayoritario el sector doctrinal que considera más razonable exigir para la consumación el efectivo abandono, que refleja el momento en el que empieza la lesividad material del hecho. Se transforma, así, en un delito de resultado en el que se prohíbe el hecho del abandono causado por cualquier medio, activo u omisivo. Nosotros creemos, a pesar de no ser la postura mayoritaria de la doctrina como ya hemos indicado, que nos encontraríamos ante un delito de omisión pura de garante y de peligro abstracto que no exige que el incapaz se vea en una situación real de desamparo, lo que diferencia el hecho típico básico y el agravado por razón del autor del agravado establecido en el artículo 229-3º que castiga el hecho si ese peligro es concreto. Así lo protegido son los derechos del incapaz de integración en el propio grupo al que pertenece y la salvaguarda de su incolumidad en el mismo. Según esto, sería indiferente el que se dejara al discapaz bajo la tutela de un establecimiento

público donde tendría mejores condiciones de asistencia, dándose la conducta típica incluso en este caso, lo que se apoya también con la existencia del artículo 231 CP que no excluye la responsabilidad criminal en estos casos. A pesar de lo dicho, un sector doctrinal entiende que el delito es impune en el caso de que el incapaz se abandone entregándolo a otras personas con las que mejore su situación económica o su seguridad, bien por la exclusión de la tipicidad o bien por la existencia de una causa de justificación. No obstante, esta afirmación entiendo que debe ser acogida con cautela y ello porque mantiene un criterio de bienestar excesivamente economicista, olvidando que, muchas veces, el bienestar del anciano esta en su propio entorno. Por ello entiendo que es mas razonable el que sean los Tribunales los que valoren la causa concreta, a través del enjuiciamiento y, en su caso y cuando concurren, la apreciación de una causa de justificación con la conveniente prueba de esta por el que la alegue y con los efectos, en cuanto a responsabilidad civil, que correspondan a la misma. Otra solución justificaría todo abandono del discapaz en una institución pública o en manos de un cuidador temporal, sin consecuencia alguna para el guardador que lo realice.

Por último, en lo que hace referencia al campo penal creemos que debe introducirse la protección de los ancianos en los diferentes mecanismos que se han habilitado para la violencia de genero empleándose para el apoyo, prevención y rehabilitación de las personas con discapacidad con independencia de su sexo y de la relación que tengan con el autor del abuso.

En el campo civil, creo conveniente legitimar al Ministerio Publico para la presentación de demandas de alimentos en los casos en que los ancianos, aún conservando su capacidad, estén en una situación de especial vulnerabilidad.

Estas leves reformas nos permitirían desde el campo de la Fiscalía incidir en el cumplimiento de los fines que la Convención pretende con este artículo.





IX.- RESPETO DEL HOGAR Y DE LA FAMILIA. ARTICULO 23.

La vida familiar es fundamental para el desarrollo humano. Difícilmente una persona con discapacidad será igual que las demás si no posee potencialidad para el desarrollo de una vida familiar plena.

Pero la persona con discapacidad es, a veces, muy complicado que pueda tener una vida autónoma por si sola, precisando de ayudas y apoyos para ello. Eso hace que, muchas veces, exista la tendencia de un excesivo proteccionismo que nos lleva a limitar el derecho de estas personas a acceder a una vida familiar plena. El artículo 23 de la Convención busca garantizar que esto no tenga lugar al exponer:

<< 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.



Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar >>.

Entiendo que, en esta materia, además de modificar algunos aspectos de la regulación legal, lo que hay que hacer es cambiar muchos de los prejuicios y fomentar apoyos en la práctica para llevar a cabo lo dispuesto por la Convención.

El Código Civil en su artículo 56 establece los mecanismos para acreditar que el incapaz, a pesar de la sentencia de incapacitación, tiene capacidad natural suficiente para entender lo que supone el **matrimonio** y poder decidir sobre su celebración o no. Si la capacidad natural existe, el discapaz contraerá matrimonio por su propia voluntad, en caso contrario no podrá hacerlo. Pero, la eliminación de la posibilidad de contraer matrimonio no viene por el hecho de la discapacidad si no por la imposibilidad de prestar el consentimiento de forma válida.

Es la falta de aptitud mental la que da lugar a la inexistencia del matrimonio. El artículo 56 CC impone al Juez exigir dictamen médico sobre la aptitud mental para prestar el consentimiento antes de autorizar un matrimonio, si existen dudas de la capacidad de alguno de los contrayentes³⁴.

De un estudio de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto podemos obtener las siguientes conclusiones:

- El artículo 56-2º CC hace depender la validez del matrimonio de la capacidad natural concreta en orden a prestar el consentimiento y por ello es admisible el matrimonio en intervalo lúcido. No importa, pues, que el contrayente esté incapacitado o sea tan sólo incapaz según conste al Encargado del registro civil tras la audiencia en el expediente.
- La regla general es la de que los incapaces pueden contraer matrimonio, salvo que se demuestre su incapacidad para este acto. (Resolución DGRN 1-12-1987). En caso de duda sobre la capacidad de los

³⁴ La DGRN ha estudiado los temas del matrimonio de presuntos incapaces en multitud de resoluciones con un criterio admisible si el contrayente conoce el alcance de la institución matrimonial. Véase, por ejemplo, las resoluciones de 25-2-94, 12-3-94, 18-3-94, 24-3-94, y 20-1-95.

contrayentes deberá autorizarse el matrimonio (Resolución DGRN 12-3-1994).

- El dictamen médico - que debe ser realizado por un Médico Forense- no vincula al Encargado (Resolución DGRN 1-12-1987), ni prejuzga la suerte de la acción de nulidad posterior.
- Es nulo de pleno derecho el matrimonio si no media la capacidad natural para consentir. Esto significa que puede impugnarse por cualquier persona, en cualquier momento, sin que sea posible la confirmación del acto por la mera convivencia.
- Para la Resolución DGRN de 18-3-1994, incluso el incapacitado total por sentencia puede testar o contraer matrimonio, con las garantías legales exigidas en cada caso, sin necesidad de que sea previamente modificada la sentencia de incapacitación. La sentencia de incapacitación, por lo tanto, no determina por sí misma la ausencia de capacidad matrimonial, ya que es posible que la deficiencia mental no se manifieste en materia de consentimiento matrimonial, tan solo constituye una presunción *iuris tantum* de incapacidad que hace necesario el examen médico³⁵ del contrayente a fin de determinar su discernimiento. Sigue la DGRN en este punto la opinión de un importante sector de la doctrina que considera que negar, en principio, la aptitud mental de los incapacitados para el matrimonio, sin constatar su discernimiento, supone crear un impedimento no establecido por la ley y una restricción al derecho al matrimonio contraria a la voluntad del legislador.

Por todo ello, creemos que nuestro derecho respeta en este punto la Convención.

³⁵ La importancia del examen médico podemos verla en el hecho de que la mayor parte de la doctrina considera que el mismo vincula al instructor. Por el contrario, la RDGRN de 1-2-1987 cree que el mismo no es vinculante, pero que la discrepancia del instructor con respecto al mismo debe estar fundada en alguna circunstancia que no se conociera o no se tuviera en cuenta a la hora de emitir el dictamen médico.

La regulación de la **esterilización** de las personas incapacitadas que se recoge en nuestro Código Penal es uno de los puntos más conflictivos de nuestra regulación ya que puede chocar con el derecho de la persona con discapacidad a una paternidad responsable.

La base fundamental para considerarla prohibida por la Convención, reside en la irreversibilidad de la intervención y la imposibilidad de sustituir la toma de decisión de la persona con discapacidad por la de otro, cuando el derecho a la fertilidad se le reconoce expresamente, en las mismas condiciones que los demás.

Pero, por otro lado, la esterilización es un medio anticonceptivo que también puede ser utilizado por la persona sin discapacidad y, por ello, la posibilidad de su realización no es discriminatoria por sí. Pero lo que no puede admitirse es la práctica de la misma sin el consentimiento del afectado y por intereses ajenos a los de este.

Otra cosa es si se considera una medida excepcional, sujeta a autorización judicial como forma de consentimiento sustitutivo, en exclusivo interés de la persona incapacitada, con grave deficiencia psíquica y siempre que no haya otra alternativa menos radical e irreversible. Además existen situaciones en que el embarazo puede constituir un peligro para la salud e integridad física y psíquica de la persona con discapacidad.

La regulación existente en nuestro derecho de esta materia no parece alejarse de esta idea básica, si no que estamos ante una salida jurisdiccionalmente tutelada dirigida a proteger a la persona incapacitada frente a posibles prácticas de aislamiento o incluso gravosas prácticas de intervención sobre su integridad personal o moral, que si no la regulamos provocaría en la persona incapacitada una situación de mayor vulnerabilidad, ya que cuando no

estuviera en condiciones de prestar su consentimiento para la operación se rompería la finalidad última de la norma.

Veamos la regulación que de la misma se da en nuestro ordenamiento, ya que entendemos que reúne los requisitos necesarios para poder considerarse que se mueve dentro de los parámetros establecidos por la Convención. En este aspecto hay que recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994 de 14 de Julio, que refleja la misma como un derecho del incapaz, y no de ninguna otra persona - evitar la preocupación de los padres por el embarazo, por ejemplo-, ni de la sociedad - con fines eugenésicos-. Por ello, solo debe concederse en << *mayor interés del incapaz*>>, sin que deba tenerse en cuenta, por ejemplo, el de los herederos del mismo. El TC también tiene en cuenta el interés del posible hijo, al que el incapaz no podría cuidar.

Sorprendentemente, esta posibilidad se encuentra prevista en el Código Penal - Art. 156- como causa de exención de la punibilidad de las lesiones, recogiendo este artículo el marco procedimental aplicable. A pesar de ello, no podemos olvidar que nos encontramos en una cuestión de carácter civil y no penal, y, como indica algún autor, los principales problemas que se derivan de la misma se deben a esta incorrecta ubicación³⁶. Así se dice que la configuración nos hace cuestionarnos si la no penalización de la esterilización supone la existencia de un derecho a la misma. La Circular 1/91 de la Fiscalía General del Estado y la STC mencionada configuran la misma como un derecho del incapaz necesario para su integración personal y el desarrollo de su personalidad, incluida la faceta sexual, en un plano de igualdad con las demás personas.

Por lo dicho anteriormente solo se debe practicar si no hay otro medio de que el incapaz pueda ejercer su sexualidad sin problemas. No sería lógico

³⁶ Delgado López, L.M. , << La esterilización del incapaz>>, págs. 102 y ss.

privar al discapacitado del ejercicio de una sexualidad que, como faceta constitutiva de la persona, es necesaria para su realización como tal. Lo que se busca es que su empleo no sea traumático.

Para poderse autorizar la esterilización se requiere:

1.- Padecer una deficiencia o minusvalía psíquica como condición necesaria pero no suficiente, debiendo ser de las que dan lugar a incapacitación legal y no cualquier otra.

2.- Dicha deficiencia ha de ser << grave>>. Esto da lugar a problemas interpretativos. Por un lado, debe ser bastante para que se declare la incapacidad. Por otro, debe ser tan débil que permita ejercer la sexualidad ya que, en otro caso, carece de sentido la esterilización. La gravedad, por ello, debe referirse a aquella que impida al incapaz comprender lo que es la esterilización, tal como refleja la STC. Entendemos que si el incapaz tiene discernimiento suficiente para prestar su consentimiento - tenga sentido para entender lo que supone la esterilización- no es precisa la autorización, lo que deberá tenerse muy en cuenta en el caso de los sometidos a curatela³⁷. En este caso habrá que estar a la sentencia de incapacitación ya que el Juez podrá entender en la misma que el incapaz no pueda decidir sobre este tema, pudiendo solicitarlo el curador. Esto presenta el inconveniente del abuso judicial de las sentencias tipo al determinar el alcance de la incapacidad.

Debe buscarse la posibilidad de otros medios, menos traumáticos, de contracepción antes de la esterilización. Descartado el aborto por ser mas traumático y posterior a la concepción si cualquier otro sistema es factible debe seguirse este. Factible no solo médicamente, sino que el incapaz dado

³⁷ Ver Díaz Pita, M.P.; << La esterilización de incapaces afectados por deficiencia psíquica: cuestiones procesales>>, pág. 828.



su grado de discernimiento pueda seguir por si solo, y no si necesita un control constante por parte de sus guardadores.

3.- Es competente el Juez de 1ª instancia del domicilio del incapaz, dentro del mismo procedimiento de incapacitación o en procedimiento de jurisdicción voluntaria independiente.

4.- La solicitud debe hacerla el representante legal del incapaz. Es decir el padre, el tutor y entendemos que también el guardador de hecho al que, de acuerdo con el artículo 304 CC se le permite realizar cuantos actos redunden en interés del incapaz, si bien esta última posibilidad es rechazada por la mayoría de la doctrina. No podrá hacerlo nunca el Ministerio Fiscal ya que la ley trata de excluir la intervención estatal en la materia. Lo único que podrá hacer el Fiscal es tratar de dotar a esa persona de representante legal lo antes posible.

5.- Se requiere el dictamen de dos especialistas. Lo idóneo sería que informara un urólogo o ginecólogo - dependiendo del sexo- sobre la existencia de capacidad para procrear - puesto que, en otro caso, la esterilización sería innecesaria-, la conveniencia del método propuesto frente a otros métodos anticonceptivos, riesgos de la intervención y posibles consecuencias negativas de la operación para la salud; y un psicólogo o psiquiatra sobre la gravedad de la deficiencia psíquica para comprender la esterilización y para asumir el cuidado de la descendencia y el riesgo que una hipotética concepción y embarazo pueda suponer para la estabilidad psíquica de la incapaz. La doctrina entiende que serían convenientes otros informes de asistentes sociales sobre el entorno social y forma de vida del discapaz y ello porque habrá que tener en cuenta la edad, personalidad, comportamiento sexual, etc... No es lo mismo un incapaz con personalidad retraída que no sale de casa y no muestra interés por los temas sexuales, que otro que carece del adecuado control y muestra un comportamiento sexual desinhibido.

6.- El Juez debe explorar por sí mismo al incapaz para comprobar su postura sobre el tema y la mayor o menor fiabilidad de la misma.

7.- Se necesita audiencia del Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales del incapaz.

Practicadas estas pruebas si la esterilización no esta clínicamente desaconsejada, no se puede acudir a otra solución y hay riesgo de embarazo no deseado que repercuta gravemente en la dignidad y el desarrollo personal del incapaz, debe concederse la autorización, negándola en otro caso.

Creemos que estos parámetros son respetuosos con la Convención.

En esta materia de la paternidad responsable también es necesario hacer referencia a la problemática del **aborto** en los casos de mujer con discapacidad embarazada. El legislador ha trasladado, en los casos especialmente previstos en la ley como permitidos, a la mujer la decisión última sobre la continuación o no del embarazo exigiendo el consentimiento de la misma, lo que es notorio que no existe en la mujer incapacitada. Solo la mujer que este en condiciones de valorar el alcance de la practica del aborto, según criterio del medico, podrá prestar este consentimiento. Deberá entender que el mismo se trata de una intervención en su propio cuerpo y de la destrucción de la vida del feto³⁸.

Frente a otras opiniones, nosotros entendemos con Ocaña Rodríguez³⁹ que el consentimiento prestado por una menor o incapaz⁴⁰ no es de por sí

³⁸ Así lo entiende Romeo Malanda, S.; << El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (II)>>, pág. 1.

³⁹ << Un esquema para el estudio de la responsabilidad medica II>>, pág. 78.



invalido⁴¹. Habrá que estar a la capacidad natural de juicio y a la comprensión del alcance del acto de la misma y, solo si esta no existe, serán los padres o tutores los que deberán prestar su consentimiento teniendo en cuenta únicamente el interés de la incapaz y no sus propias convicciones o ideología⁴².

En el caso de que el médico considere que la postura de los representantes legales no se basa en los intereses de la incapaz, deberá acudir al Juez por poder encontrarnos en un caso de abuso en la postura de estos. Romero Malanda⁴³ entiende que la incapaz o menor tendría una especie de veto frente a la voluntad de los padres, en respeto del desarrollo de su personalidad, cuando el aborto no se encuentre en el supuesto de indicación terapéutica, si bien en este caso debe decidir la autoridad judicial para evitar que la menor funcione de acuerdo con una concepción idílica de la maternidad o, aún teniendo suficiente capacidad, exista un riesgo importante para su vida o su salud que hace que pudiéramos encontrarnos ante una << decisión errónea>> de la incapacitada⁴⁴. Solo en el caso de urgencia vital para la gestante podrá el médico actuar sin necesidad de consentimiento alguno. Si no existe esta urgencia entraríamos en el campo de la necesidad de consentimiento por sustitución, ya que el derecho debe proveer de los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad de obrar de acuerdo con el artículo 12 de la Convención.

⁴⁰ Entiendo que esto es aplicable tanto a las incapacitadas legalmente como a las incapaces de hecho. Como indica el artículo 2-1º de la Ley de Protección Jurídica del Menor las limitaciones de la capacidad de obrar del menor deberán interpretarse restrictivamente y no cabe extenderla a más casos que los establecidos legalmente.

⁴¹ Ver Dolz Lago, M.J. << Menores embarazadas y aborto: ¿ quién decide?>>, pág. 546.

⁴² Ver Dolz Lago, M.J. << Menores embarazadas y aborto: ¿ quién decide?>>, pág. 548. En contra de esta tesis se manifiesta Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., << La *minoría madura*>>, pág. 17, al indicar que no estamos ante un caso de mera emisión de consentimiento sino de dirimir un conflicto de derechos y legitimar incluso una actividad en principio delictiva.

⁴³ Romeo Malanda, S.; << El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (II)>>, pág. 2.

⁴⁴ Romeo Malanda, S.; << El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (II)>>, pág. 2.



Actualmente, la ley no prevé la necesidad de autorización judicial⁴⁵. Como en parte ya hemos visto, nosotros creemos que la misma, al menos en los casos en que el consentimiento se preste por los representantes legales de la incapaz y la opinión de esta sea contraria a la de sus representantes, no esta de más⁴⁶. El problema se encuentra en cual es el procedimiento para obtener dicha autorización. Hoy solo podemos acudir a la aplicación del artículo 273 CC⁴⁷ que es a todas luces insuficiente, ya que son muchos los casos en los que el problema se plantea. Como podemos comprobar dicho artículo hace referencia a los dos artículos anteriores en los que no se menciona el aborto. Entendemos que el artículo anterior puede completarse, por ello, como ya hemos indicado para otras cuestiones, por el juego del artículo 158-3º CC aplicable a los incapaces según establece el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal⁴⁸. El acudir a la autorización judicial solo sería necesario si existe un conflicto de intereses entre la opinión de la incapaz y la de sus representantes legales⁴⁹, como forma de comprobar que los representantes legales no se mueven por intereses que se alejan del de la mujer incapaz y para valorar el alcance de la capacidad natural de esta.

Indudablemente, la ley debe reformarse para aclarar estos puntos estableciendo expresamente quien debe prestar el consentimiento en estos casos, en cuales es preciso la autorización judicial y la determinación de los

⁴⁵ El derecho alemán la excluye expresamente por razones de carácter práctico, ya que el corto plazo de tiempo de que se dispone desde la concepción para decidir un aborto se acortaría más con el procedimiento. Decidirá, por ello, el asistente, a no ser que la asistida tenga suficiente juicio en cuyo caso decidirá la misma.

⁴⁶ Así la Consulta 3/1985 de la Fiscalía General del Estado admite la posibilidad de esta autorización como supletoria en el caso de violación. Rivero Hernández, Fco. En << Los derechos humanos del incapacitado.>> Págs. 60 y ss va más allá exigiendo autorización judicial en todos los casos de incapacidad legal por sentencia debiendo el Juez decantarse siempre por la opinión manifestada por los representantes legales. No podemos compartir esta tesis por restrictiva y atentatoria contra la dignidad de los discapaces. Por el contrario, sin incapacidad decretada judicialmente, entiende este autor que será el medico el que deberá valorar la capacidad natural y si considera que carece de la misma y no existen representantes legales será el Fiscal el que adoptará la decisión, y si cree pertinente la interrupción del embarazo solicitará la pertinente autorización judicial.

⁴⁷ << Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuere mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.>>

⁴⁸ También defiende la vía del 158 Dolz Lago, M.J. << Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?>>, pág. 549 y 550.

⁴⁹ Así si estos no prestan su consentimiento a pesar de la opinión de la incapaz o tratan de obligarle a abortar en contra de su voluntad.

mecanismos de urgencia necesarios para llevar a cabo esta autorización y las pruebas que deban utilizarse. La actual reforma de la Ley del Aborto es un buen momento para adaptar en este punto nuestro derecho a la Convención.

Un último aspecto a contemplar en este apartado es el de la posibilidad de participación de los discapaces en las llamadas **Técnicas de reproducción asistida**. Reguladas en la Ley 126/2006 de 27 de mayo podemos contemplarlas desde dos puntos de vista.

Por un lado podemos preguntarnos si el discapaz puede ser donante de gametos. A este respecto el artículo 5-6º de la ley es claro. El mismo exige para poder realizar dicha donación mayoría de edad y plena capacidad de obrar lo que supone que tanto el que carezca de capacidad natural como el incapacitado que posea alguna capacidad de obrar limitada esta excluido de esta posibilidad de donación. Es curioso el hecho de que la Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, en su artículo 2-b permita la donación con la existencia de capacidad natural y consentimiento de sus representantes legales. No pueden donar gametos, ni preembiones, pero si embriones y fetos lo que carece completamente de sentido y de razón alguna.

Por otro, los mismos requisitos se exigen en el artículo 6-1º para ser usuaria de estas técnicas. No deja de ser paradójico que una incapacitada con madurez suficiente pueda casarse y tener hijos naturales pero se le vede el acceso a estas técnicas en caso de ser necesarias. Por el contrario, la Ley 42/1988, antes citada, en su artículo 4 permite que el receptor de estos materiales embrionarios o fetales pueda ser un incapacitado enfermo con el consentimiento de sus representantes legales y, en su defecto y en caso de urgencia, de los allegados familiares presentes, sin duda por el hecho de que ello va en su beneficio.

Creemos que en las paradojas antes expuestas, lo que subyace es la atávica idea de la posible transmisión de la deficiencia y de la imposibilidad de estas personas de ejercer una paternidad responsable más que un problema de validez del consentimiento. No olvidemos que se habla de << capacidad de obrar plena>> por lo que se excluyen los casos de incapacitados parciales que pueden tener capacidad suficiente para entender lo que supone la aplicación de la técnica y del ejercicio de la paternidad. Estamos por ello ante una disposición completamente contraria a la Convención que debe ser modificada.

X.- DERECHOS DE LIBERTAD Y AUTONOMÍA PERSONAL.

Se reúnen aquí varios derechos y medidas encaminados a garantizar la libertad y la autonomía personal de las personas con discapacidad. Afecta esto a múltiples aspectos entre ellos el derecho a la residencia y a la libertad de movimientos que interfiere también en el caso de los ingresos residenciales que ya hemos visto.

El derecho a la libre elección, dentro de las posibilidades de decisión, debe ser determinante en los internamientos, donde el derecho de audiencia, el derecho de defensa y la resolución tomada en exclusivo interés de la persona con discapacidad, deben garantizarse sin cortapisas. Ya hemos visto como estos derechos se encuentran suficientemente garantizados en el derecho español, si bien una, a nuestro juicio, incorrecta tendencia jurisprudencial esta limitando dichas garantías. Una reforma legal que aclare las dudas existentes al respecto terminaría con la polémica. Gonzalo López Ebri, Fiscal de Valencia, ha elaborado un proyecto al respecto que nos puede servir de punto de partida.

El artículo 19 de la Convención establece:

<< 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:

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;



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;

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>>.

Estos artículos obligan a la extensión de los servicios de atención de la persona con discapacidad en su entorno, así como a la implantación del principio de vivir en su propio domicilio. En esta materia tiene mucha importancia una adecuada política de accesibilidad. En el ámbito del derecho privado disponemos de alguna normativa que ya va encaminada a favorecer esto.

Así el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal se modifica en el sentido de que su párrafo 2º y siguientes quedan redactados de la siguiente forma:

<< 2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.

3. Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán



individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

4. En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley.

5. Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad a que se refiere el presente artículo estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el art. 9 para los gastos generales >>.

El artículo 11-3º LPH establece:

<< Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedara obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes>>.

Por último, la norma 1ª del artículo 17 LPH dispone que *<< sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación>>.*



Hemos de decir que la limitación a tres mensualidades puede suponer una dificultad para el ejercicio de estos derechos por lo que debería calibrarse las cantidades para facilitar dicha accesibilidad.

XI.- DERECHOS RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA.

La consideración de la persona con discapacidad como un bien social, desde su completa integración social y política, es uno de los postulados mas firmes de Convención. La tendencia contraria ha provocado su invisibilidad y su total falta de participación en todos los sectores de la sociedad. No podemos tratar, dados los límites de este trabajo todos los aspectos relativos a esta materia pero si queremos tocar alguno.

El artículo 29 de la Convención hace referencia a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones incluso como electores y como elegibles en las elecciones políticas. Para ello la Convención establece las siguientes reglas:

<< Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a

presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar (...)>>.

Lo primero es que se deben crear mecanismos que permitan el voto con el apoyo necesario de las diferentes personas con discapacidad.

Entendemos que debe revisarse el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General que impone la necesidad de que la sentencia de incapacidad o el auto de internamiento psiquiátrico, en su caso, recoja expresamente si la persona posee o no capacidad suficiente para ejercer su derecho de sufragio activo que en principio no se ve afectado por la existencia de una sentencia de incapacidad⁵⁰. Para ello el párrafo segundo de dicho artículo establece la obligación de que los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deben pronunciarse de forma expresa sobre la incapacidad para el derecho de sufragio en el caso concreto.

Esto supone una evidente discriminación para el incapacitado al que se le priva del derecho de voto, muchas veces de forma automática, hecho a lo que algunos familiares achacan la poca atención y sensibilidad de los órganos

⁵⁰ Debemos observar cómo, en el caso del internamiento psiquiátrico, se conculca el artículo 199 CC que establece que nadie puede ser incapacitado sino por sentencia firme tras el correspondiente procedimiento contradictorio y en este caso se permite la privación de la capacidad para votar con un mero auto de internamiento.



políticos con estos ciudadanos. Gutiérrez Calle⁵¹ afirma que el derecho al voto es un acto personalísimo como el matrimonio y el testamento y que, al igual que en estos, debe arbitrarse un procedimiento legal que permita el voto del incapaz en el caso de encontrarse con capacidad suficiente para emitirlo en el momento concreto de la votación. Y ello porque no es lógico la privación *a priori* de un derecho fundamental como es este por lo que, de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, debe interpretarse de forma extensiva. No se ha previsto la posibilidad de la existencia de intervalos lucidos lo que si se ha hecho en instituciones de igual o mayor importancia. Solo a través del procedimiento contradictorio de recapacitación podría alterarse la resolución con los problemas que ello comporta. Por ello propone este autor⁵² que se establezca la posibilidad de que la Mesa Electoral en el momento de la votación, y de forma independiente de la privación o no por sentencia, valore la posibilidad de emitir el voto. Se puede decir que los miembros de la mesa pueden carecer de capacidad para dicha valoración pero de igual forma personas sin preparación médica realizan todos los días dicha valoración sin problema alguno. No creo que sea descabellado el buscar un sistema para facilitar dicha posibilidad, como lo hay en otros casos.

Puede también establecerse que sea en el momento de exhibición del censo cuando pueda realizarse una valoración quizás más completa por las Juntas electorales.

Sin duda así debe ser, ya que el artículo 23-1º de la Constitución Española constituye el derecho de sufragio como universal, libre, igual, directo y secreto de todos los ciudadanos. La privación generalizada de las personas incapacitadas tal como se está dando ahora conculca, sin duda, lo establecido en la Convención.

⁵¹ Gutiérrez Calle, J.L. << Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado>>, págs. 368 y ss.

⁵² Gutiérrez Calle, J.L. << Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del incapacitado>>, págs. 373.



XII.- DERECHOS LABORALES.

Hace ya tiempo que sabemos que la posibilidad de intervenir en la sociedad de un modo activo y útil es, sin duda, la mejor terapia de normalización y de integración social. La mejor forma de integración social y la mayor barrera contra la exclusión se encuentra en el acceso al empleo y en la autosuficiencia de recursos para subsistir. Una de las principales desigualdades con la que se encuentran las personas con discapacidad es, sin duda, esta ya que la realidad es que el paro afecta al 80% de los discapacitados. A pesar de la legislación que ha procurado incentivar la contratación de personas con discapacidad hemos de decir que esta ha fracasado siendo una de las principales asignaturas pendientes en la lucha contra la desigualdad.

Esta situación no se encuentra justificada. Se basa en una creencia errónea ya que los estudios efectuados al respecto, demuestran que el rendimiento en el trabajo de las personas con discapacidad es igual, si no mayor, que el de la población en general. Un alto índice de permanencia en el puesto de trabajo y un menor absentismo compensan con creces los temores de que es demasiado costoso atender las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Además en una sociedad en que la accesibilidad y el << diseño para todos >> sea la regla los gastos para adaptar los puestos de trabajo a una persona con discapacidad son los mínimos. Lo que la Convención si nos va a exigir es el llevar a cabo una profundización en los mecanismos de ajuste razonable de los puestos de trabajo.

En nuestra legislación el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4 establece que los trabajadores no podrán ser discriminados por razón de sus disminuciones psíquicas siempre que estén en condiciones de desempeñar el empleo de que se trate. El mismo cuerpo legal en su artículo 7-2º-b indica que << si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza



expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda está también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación>>. Pero el contrato laboral tiene un carácter personalísimo, por lo que el tutor, por sí solo, no puede realizarlo. El incapaz, al igual que el menor, puede tener algún grado de discernimiento y, por ello, puede firmar su propio contrato, independientemente de lo que disponga la sentencia de incapacitación, ya que la existencia de esa capacidad es una cuestión de hecho. Si existió vicio del consentimiento, el contrato sería anulable a petición del incapaz o de su tutor, pero nunca del que contrato con él (Art. 1302 CC). Tengamos en cuenta que el contrato de trabajo supone la asunción de obligaciones cuyo objeto son prestaciones de carácter personal por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 in fine CC, exige el previo consentimiento del menor (lo que entendemos aplicable por analogía en el caso de los incapacitados) si este tuviere suficiente juicio. La nueva concepción de la capacidad de obrar que establece la Convención debe tenerse en cuenta en esta materia, unida a la exigencia de no crear desigualdades en esta materia. Debemos tener, en cuenta, aquí también nuestra legislación sobre igualdad de oportunidades.

XIII. EL DERECHO A LA SALUD.

La Convención reconoce el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Así se establece la obligación de adoptar medidas para asegurar el acceso a los servicios de salud a precios asequibles, lo más cerca posible de sus comunidades, y de la misma variedad y calidad que a otras personas, sin discriminación ninguna en razón a su discapacidad.

Esta regulación significa que la discapacidad no puede ser causa de discriminación a la hora de recibir órganos o tratamientos por caros que estos puedan ser. Esta práctica la hemos detectado en diversas ocasiones y hemos tratado de luchar contra ella. Hoy la Convención nos lleva a un nuevo impulso, como nos lleva a empezar a andar un camino difícil hacia la base del arco iris donde se encuentra el caldero de oro de la verdadera igualdad entre seres diversos funcionalmente, pero iguales, muy iguales en integridad, dignidad y libertad. Ojala no nos perdamos en ese camino. Quizás nunca llegaremos. Pero cada pequeño avance será un éxito del ser humano en la búsqueda de su propia humanidad.