

**CURSO:** DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU  
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD  
Y SU APLICACIÓN POR LOS OPERADORES JURÍDICOS Y  
SOCIALES: ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 12

## LA CONVENCIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA

## **I.- INTRODUCCIÓN.**

## **II.- NORMATIVA DE DISCAPACIDAD Y DERECHO DE DEFENSA.**

II.- B) NORMATIVA INTERNACIONAL.

II.- B) NORMATIVA INTERNA.

## **III.- LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN FASE ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL.**

III.- A) ÁMBITO PENAL.

III.- B) ÁMBITO CIVIL.

III.- C) ÁMBITO CONTENCOSO-ADMINISTRATIVO.

III.- D) ÁMBITO LABORAL.

## **IV.- LA DEFENSA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

## **I.- INTRODUCCION.**

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

La constitución española contempla el derecho de defensa como derecho fundamental, tanto en el art. 17, como en el art. 24 y en el 25, diríamos sin ánimo de ser protagonistas de este guion, que la profesión de abogado como garante del derecho de defensa tiene un tratamiento constitucional extenso dotando en su integridad de un mandato de cumplimiento obligatorio para el colectivo.

El derecho de defensa se hace extensivo a todos los ciudadanos y con más intensidad a las personas con discapacidad en la medida en que las mismas están contempladas de forma directa también en el texto constitucional si bien no con la proyección especial de derecho fundamental si no como contenido de la política social y económica en el art. 49 del texto constitucional.

Este tratamiento específico, hay que relacionarlo para no limitarse a un mero principio de política social y económica con el art. 14, del texto constitucional en la medida en que proscribe la discriminación.

El acceso efectivo a la defensa y su corolario de acceso a la justicia no ha de ser entendido como la posibilidad formal de llegada al tribunal, sino como la inserción de estrategias activas para promover la admisión de personas y grupos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos.

En relación con el acceso efectivo a la defensa, son los impedimentos prácticos los que generan mayor preocupación, porque constituyen las condiciones de posibilidad del cambio: carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada adecuadamente que obstruye las garantías de un debido proceso, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del juicio, falta de concienciación por parte de los operadores jurídicos, deficientes sistema de información e inexistencia de material legal disponible en formas accesibles.<sup>1</sup>

Sin la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, los equipos interdisciplinarios, no hay acceso efectivo aunque se cuente con las mejores leyes y las mejores intenciones de los operadores.

Los ajustes de procedimiento se encaminan a facilitar el desempeño de las funciones por parte de las personas con discapacidad como participantes del proceso; ya que el problema radica precisamente en el modo de garantizar que el derecho reconocido, sea efectivamente ejercido en igualdad de condiciones.

Para lograrlo es indispensable identificar el obstáculo al acceso y removerlo, para llevar a cabo esa tarea se necesita formación adecuada en la ideología de la nueva protección; es decir formación en sintonía con los principios de la Convención.

A diferencia de los sistemas de protección social que atrapan a las personas con discapacidad considerándolas un objeto a tutelar, la nueva protección que ha de orientar al operador de la justicia se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que han de decidir por sí mismas lo que quieren hacer (en su caso, con “apoyos adecuados”, *no sustitutivos* de los deseos, elecciones y necesidades personales) y al reconocimiento del valor de su aportación a la sociedad que integran.

La nueva protección se centra en las habilidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno, propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida familiar, cultural, social, gremial y política, deportes, recreación).

---

<sup>1</sup> Dra. María Silvia Villaverde. *Trabajo sobre Acceso a la justicia para la libertad y la participación de las personas con discapacidad.*

En los 30 años transcurridos desde la aprobación del texto constitucional la protección jurídica de las personas con discapacidad ha avanzado, en el orden internacional y en el orden interno, más allá de lo que en su momento pudieron prever los redactores del art. 49 CE.

El objetivo constitucional de defensa de las personas con discapacidad ha sido confirmado y completado por instrumentos internacionales y comunitarios que han destacado la conexión existente entre la tutela de la discapacidad y la lucha contra las desigualdades y la exclusión social, convirtiendo los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación en el nuevo fundamento del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El 3 de mayo de 2008, entró en vigor en España, el Convenio de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado posteriormente por una veintena de países.

La Convención es el primer tratado adoptado en el siglo XXI, es el que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional, y asegurará que las personas con discapacidades disfruten de los mismos derechos civiles y políticos, la accesibilidad, la participación y la inclusión, el derecho a la educación, la salud, el trabajo y el empleo, y la protección social.

Un Protocolo Facultativo permite a personas o grupos de personas presentar peticiones al Comité una vez que esos hayan agotado todos los recursos internos disponibles.

## **II.- NORMATIVA DE DISCAPACIDAD Y DERECHO DE DEFENSA.**

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

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

El tratado considera la discapacidad como el resultado de la interacción entre un ambiente inaccesible y una persona, más que como un atributo inherente a un individuo. Reemplaza el antiguo “modelo médico” de la discapacidad por un modelo social y de derechos humanos que se basa en el hecho de que la sociedad es la que “inhabilita” a las personas con discapacidad para que ejerzan sus derechos humanos como ciudadanos.

“La cuestión de la discapacidad no se analiza desde las limitaciones de las personas discapacitadas en sí mismas consideradas, sino desde la discapacidad de la sociedad para ajustarse a las diferencias que supone la discapacidad y para garantizar una igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos” (GARRIDO).

El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el B.O.E. nº 96 de 21 de abril de 2008, contiene tres normas específicas que inciden en el Derecho de Defensa, e impulsan la modificación de determinados procedimientos, entre ellos los de Modificación de la Capacidad de Obrar, las Incapacidades Laborales, las Declaraciones de Discapacidad, y las Valoraciones de las Situaciones de Dependencia y sus efectos.

Como clave de bóveda de la Convención hay que partir del artículo 12, que pregonan el principio de Igual reconocimiento como persona ante la ley, con el tenor literal siguiente:

1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

El artículo 5, establece los principios de Igualdad y no discriminación, previendo que los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse en igual medida sin discriminación alguna. Obliga a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

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, no considerándose discriminatorias, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad; es decir, consagra la Discriminación Positiva.

En el ámbito concreto del Derecho de Defensa, el artículo 13, de la Convención regula el Acceso a la justicia, ordenando a los Estados Partes que aseguren que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como

participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

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

En nuestro Ordenamiento interno ya existía una obligación institucional de “Ajustes Razonables” en La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002, que dedica el apartado 29 a la Protección de los discapacitados, estableciendo pautas de actuación que paso al principio de no discriminación, con el tenor literal siguiente:

*“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.*

*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.”*

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

## II.- A) NORMATIVA INTERNACIONAL.

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

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

### **1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad**

*(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

*(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.*

*La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.*

### **3.- Discapacidad**

*(7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.*

*(8) 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.*

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

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

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

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

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

### **Artículo 21. No discriminación**

*1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

**Artículo 26.** *Integración de las personas discapacitadas*

*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.*

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

En las explicaciones sobre la carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), se indica que tales explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

La Explicación relativa al artículo 1. Dignidad humana; establece que “La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.» En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión”.

**II.- B) NORMATIVA INTERNA.**

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

➤ La Constitución Española de 1978 (BOE 29.12.78), en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, con el tenor literal siguiente:

**“Artículo 14**

*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. “*

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

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

Nuestro precepto constitucional se aparta sensiblemente del texto la Carta Social Europea, pues no define, como hacen otros preceptos del propio Capítulo Tercero, derechos de la persona, ni tampoco trata de asegurar unas determinadas garantías institucionales. Se limita a imponer unas tareas a los poderes públicos que se corresponden con fines sociales del Estado, y prescribe unas determinadas acciones públicas, de forma vinculante pero abierta. Sin embargo, contiene algo que no contienen otras normas europeas tales como, la Carta Social Europea y la Constitución Portuguesa, la especial referencia al amparo para el disfrute de los derechos que otorga a todos los ciudadanos el Título II CE.

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

➤ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

Esta Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial, el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico, se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

➤ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. (BOE 03-12-2003), en el apartado I. de su Exposición de Motivos indica cual sea el motivo fundamental de dicha regulación al establecer que: *“Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.”*

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

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

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

Las personas que hayan sufrido discriminación basada en la discapacidad han de disponer de una protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél.

El Art. 2 de la Ley 51/03 de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su apartado f), define la Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, como *“el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.”*

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

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

*“2. Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no*

*pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.”*

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

Especialmente relevantes en el ámbito del derecho de defensa son los artículos 18, 19 y 20. El Artículo 18, al establecer la Tutela judicial y protección contra las represalias, considerando que el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

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

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

En el artículo 19, dedicado a la Legitimación se establece que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación.

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

- Ley 62/2003 de 30 de Dic. Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su capítulo III,

establece las “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato” indicando en su Secc. 1ª que denomina disposiciones generales, los conceptos básicos en la materia.

**“Artículo 27. Objeto y ámbito de aplicación de este capítulo**

*1. Este capítulo tiene por objeto establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en los términos que en cada una de sus secciones se establecen.*

*2. Este capítulo será de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado.*

**Artículo 28. Definiciones**

*1. A los efectos de este capítulo se entenderá por:*

*a) Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.*

*b) Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*

*c) Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.*

*d) Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.*

*2. Cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considerará en todo caso discriminación.*

*El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios.*

La Secc. 3ª está dedicada a establecer Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, regulando entre ellas la inversión de la carga de la prueba en los órdenes Civil, Contencioso-Administrativo y Social artículo 36.

**“Artículo 34. Ámbito de aplicación de la Sección 3**

*1. Esta sección tiene por objeto establecer medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la*

*formación profesional ocupacional y continua, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.*

**2.** *A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona.*

*Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.*

### **Artículo 35. Medidas de acción positiva**

*Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”.*

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

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

➤ El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

#### **Artículo 1. Consideración de personas con discapacidad.**

**1.** *De conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.*

**2.** *Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento:*

- a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.*
- b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

#### **Artículo 2. Acreditación del grado de minusvalía.**

1. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía igual al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

- a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.
- c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto.

2. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante los siguientes documentos:

- a) El grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.
- b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
- c) Cuando como consecuencia de lo previsto en el párrafo anterior no se alcanzara un grado de minusvalía superior al 33 por ciento, la correspondiente resolución o certificado se limitará a establecer esta circunstancia.

*Disposición final primera. Validez de la acreditación del grado de minusvalía.*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y con el artículo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, la acreditación del grado de minusvalía en los términos establecidos en el presente real decreto tendrá validez en todo el territorio nacional.

➤ La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, al establecer el Objeto de la Ley en su artículo 1, centra la materia en regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.

El artículo 2, establece las Definiciones, considerando que a efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. *Autonomía*: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. *Dependencia*: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

3. *Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD)*: las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

4. *Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.*

5. *Cuidados no profesionales: la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada.*

6. *Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.*

7. *Asistencia personal: servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal.*

8. *Tercer sector: organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales.*

➤ REAL DECRETO 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

➤ Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, establece en su Disposición transitoria única el Régimen transitorio de exigibilidad del cumplimiento de condiciones, fijando este en el 4 de diciembre de 2012, como fecha máxima en cuanto a las oficinas y de un año, en cuanto a los documentos e impresos, la prestación de los servicios de atención y demás medios existentes con anterioridad a la entrada en vigor.

➤ Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, en su Disposición final quinta, regula la Aplicación obligatoria de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, estableciendo que serán obligatorias a partir del día 1 de enero de 2010 para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes, y a partir del día 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables.

Estos plazos serán también aplicables a los edificios públicos, salvo las oficinas públicas de atención al ciudadano que se regirán por su normativa específica, de acuerdo con lo previsto en la disposición final quinta de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

➤ Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

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

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

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

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

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

La Disposición final primera, se centra en la Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar y establece que: *“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”*.

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

### **III.- LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN FASE ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL.**

“La dignidad de la persona, que significa que todos los seres humanos son iguales y tienen igual valor, impone un especial tratamiento de la persona discapacitada para asegurar la efectividad de ese valor igual, que se refleja en especial en la autonomía y autodeterminación personal. Esa autonomía y determinación debe permitir al discapacitado adoptar decisiones sobre el propio curso vital, asegurando así su dignidad, el respeto propio y de los demás, y su integridad como sujeto autónomo de derechos. Asegurarlo y garantizarlo es el propósito y contenido del art. 49 CE, cuyo significado actual no es otro que reconocer un derecho de ciudadanía igual para las personas con discapacidad”.<sup>2</sup>

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

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

La configuración en el protocolo de un comité ante el que se puedan plantear las denuncias por violación de la convención, establece un mecanismo lento y farragoso, que necesariamente va a dificultar cuando no impedir que el elenco de derechos reconocidos en la convención tengan una forma ágil de aplicación por los tribunales, ya que el mecanismo de denuncia de las violaciones que se comentan, va a dificultar la invocación directa de la norma, para no tener que acudir posteriormente a su denuncia.

Previendo estas dificultades la conferencia de Madrid celebrará los días 27 a 29, de noviembre de 2007, estableció una serie de recomendaciones a los estados para que suscribieran en la mayor medida posible los principios de la convención.

### **III.- A) AMBITO PENAL.**

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

El Artículo 25, del texto punitivo contiene un Concepto de incapacidad a los efectos de dicho Código, considerando incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

---

<sup>2</sup> Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer.

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

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

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

### **III.- B) AMBITO CIVIL.**

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

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

Entendemos, desde el ámbito de la Abogacía, que resulta necesaria una modificación en profundidad de la regulación del procedimiento, así como en el derecho sustantivo, sin obviar el organizativo o planta judicial.

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

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

Idéntica extensión y especialización deberá exigirse al Ministerio Fiscal y al Abogado y Procurador.

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

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

Por su parte el Código Civil, en su Artículo 300, establece que el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

Esta idoneidad, nunca esta referida a la asistencia jurídica, implicando una desprotección real del sometido a proceso de incapacitación que durante todo el tramite carece de representación procesal y defensa.

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

***“Artículo 5. Reconocimiento excepcional del derecho. (Artículo modificado por Ley 40/2003, de 18 de noviembre)***

*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 1.2 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. (Párrafo añadido por Ley 16/2005, de 18 de julio)*

*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”.*

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

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

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

Desde este nuevo planteamiento el ejercicio de las funciones tutelares debería modificarse para establecer en cada sentencia cual sea el aspecto de la capacidad de obrar que debe suplir el tutor, o que apoyos necesita, teniendo en cuenta la dificultad por no decir imposibilidad de completar la capacidad de obrar en los derechos personalísimos, pero previendo la necesidad de que también en estos casos deba existir una forma de poder suplirla.

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

### **III.- C) AMBITO CONTENCOSO-ADMINISTRATIVO.**

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

El R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE 26 de enero de 2000), de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, en su Artículo 12, remite para la

impugnación de resoluciones al tramite de Reclamaciones Previas *“Contra las Resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los Organismos Competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril”*.

El grupo normativo de la Dependencia, se residencia en el Orden Cont-Adm.

Se vulnera frontalmente el principio contenido en el artículo 5 de la convención, en su vertiente de discriminación positiva, relacionado con el art. 13, cuando regula la necesidad de “ajustes de procedimiento” en someter a la persona con discapacidad, para poder situarse en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, a cuatro procedimientos diferentes, con sus distintas fases de impugnación y con resultados muchas veces dispares.

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

### **III.- D) AMBITO LABORAL.**

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

Lejos de este criterio se encuentran las tesis del tribunal supremo, que vienen manteniendo la no equiparación entre las situaciones de incapacidad laboral y minusvalía recogidas en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, señalemos como ejemplo la Sentencia la Sala IV del T.S. de 29/05/2007, dictada en el Recurso N°: 5472/2005, de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Gil Suarez, que establece una diferenciación doctrinal brillante, pero poco útil del tenor literal que se transcribe.

Para la definición del estatus o condición de discapacitado la ley utiliza el criterio del porcentaje de disminución de las 'capacidades físicas, psíquicas o sensoriales', refiriendo tal disminución a las 'posibilidades de integración educativa, laboral o social' del discapacitado; esta definición se encuentra en el art. 7 de la Ley 13/ 1982, de Integración Social de Minusválidos (LISM ). El porcentaje mínimo para la consideración de persona con discapacidad está cifrado en el 33 %; el precepto que lo fija es en la actualidad el art 2.1 de la Ley 51/ 2003.

En la configuración del grupo de normas reguladoras de la protección de las personas con discapacidad destacan las dos disposiciones legales que ya se han citado, seguidas ambas por una serie nutrida de normas reglamentarias. Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 51/ 2003, el eje central del sistema de protección sigue siendo la Ley de Integración Social de Minusválidos, si bien el legislador 'considera necesario promulgar otra norma legal que la complemente y que sirva de renovado impulso a

las políticas de equiparación de las personas con discapacidad', función que corresponde precisamente a la Ley 51/ 2003. Se trata, en suma, de acuerdo con la propia Exposición de Motivos, de proporcionar a los discapacitados 'garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

Las garantías suplementarias establecidas en la Ley 51/ 2003 se refieren, entre otras materias, a medidas contra la discriminación (en las que se incluyen las llamadas 'exigencias de accesibilidad'), a 'medidas de acción positiva' adicionales a las ya establecidas, a actuaciones administrativas de 'fomento', y a normas de 'tutela judicial' y 'protección contra las represalias'. También se comprende dentro de la Ley 51/ 2003 , además de una larga lista de previsiones reglamentarias sobre 'condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación', la modificación del art. 46.3. párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores , que concede un período de excedencia por cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

Las materias reguladas en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos se pueden clasificar en los siguientes grupos: a) la determinación de la condición de minusválido (incluidos el diagnóstico y la valoración de las minusvalías); b) el acceso de los minusválidos al sistema educativo ordinario y a la educación especial; c) la reserva para ellos de cuotas de empleo en empresas de más de 50 trabajadores; d) la colocación de minusválidos en centros especiales de empleo; e) las prestaciones en dinero y en especie específicamente establecidas en su favor; f) los servicios sociales para minusválidos; y g) las normas especiales sobre 'movilidad y barreras arquitectónicas'; en el tercero de sus fundamentos jurídicos, sienta como conclusiones que infiere de las consideraciones anteriores, las siguientes :

La atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a equipos multiprofesionales de valoración, entre otras competencias, la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación (art 10.2. c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/ 1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes.

El precepto contenido en el art. 2.1. de la Ley 51/ 2003 despliega, por tanto, plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión 'en todo caso'. Pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado. Como se cuida de decir también el propio art. 2.1. de la Ley 51/ 2003 en su pasaje inicial, la atribución automática de tal carácter a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse 'a los efectos de esta Ley.

El argumento de interpretación sistemática que se acaba de exponer puede ser completado con un argumento de interpretación finalista, que atiende a los distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1. Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social.

#### **IV.- LA DEFENSA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

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

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

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

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