

**CURSO:** CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN MATERIA DE  
MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MEDIDAS DE APOYO

## MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y OPERADORES JURÍDICOS

## **I.- INTRODUCCION.**

Desde la perspectiva de los denominados operadores jurídicos, a los que me gusta definir como partes técnicas del procedimiento, y diferenciando el aspecto procesal del aspecto sustantivo, entiendo que el ordenamiento jurídico necesita en algunos aspectos una modificación sustantiva, o mejor dicho con entidad suficiente para adecuar las instituciones y el procedimiento al espíritu de la convención, que en su Artículo 1, establece como propósito de la misma; “Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Incluye como personas con discapacidad, 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.

Cuando hablamos de modificación de la capacidad, básicamente nos referimos al proceso o procedimiento en virtud del cual, los denominados operadores jurídicos, decidimos de consenso; de común acuerdo, que un individuo, un ciudadano; no puede decidir por sí mismo todas o algunas de las actividades de su vida ordinaria.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dedica el Libro IV, a los procesos especiales, y dentro de los mismos el título I, se denomina “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, dedicando el capítulo I a las disposiciones generales. Dentro de estas el artículo 748, al establecer el ámbito de aplicación del título, indica que serán aplicables a los siguientes procesos: “1º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad”.

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

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

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

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

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

- Conforme al principio recogido en el artículo 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva.
- La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse.
- La ineptitud para el autogobierno es circunstancial, para su determinación, habrán que ponderarse las habilidades ordinarias de la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; y si necesita hacer o procurarse algo que no puede hacer o procurarse por sí misma, ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser complementada por la medida de apoyo.

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.

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.

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

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

Con anterioridad a la Convención la normativa interna ya contemplaba la necesidad de armonizar un tratamiento igualitario.

## II.- MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y OPERADORES JURÍDICOS.

“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”. (Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer).

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.

Uno de los aspectos a revisar es la normativa contenida en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la incapacitación, ya que a pesar del sistema de incapacitación de la 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 incapacitación absoluta y la incapacitación 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 de la Incapacitación, tanto en el derecho sustantivo como en el procedimental, así como en 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 incapacitación 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 el artículo 5, de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

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.

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, 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.

La privación del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacidad, de manera que es posible la incapacitación reservando al incapaz su derecho de sufragio, así se desprende de lo dispuesto en el art. 3 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, al establecer que *"carecen del derecho de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio"*.

Para declarar la incapacidad del ejercicio del derecho de sufragio no basta con acreditar que la persona está impedida para regirse personal y patrimonialmente, sino que es necesario acreditar que no debe ejercitar su derecho de sufragio en atención a una especial incapacidad para ello, además dicha limitación ha de ponderarse con carácter restrictivo, dada la importancia del derecho que se limita que en la práctica supone un impedimento más para la necesaria integración social que se propugna respecto de las personas con discapacidad.

Deberá valorarse en cada supuesto si la persona con discapacidad está afectada de una especial incapacidad para poder elegir una determinada opción política y ejercitar su derecho de voto, sobre todo si consideramos que dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que, como dice la SAP Sevilla de 8 de junio 1999, *"resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona a expresar sus sentimientos políticos y participar en el proceso electoral, conformando la opinión de la masa electoral, lo que, aun si desconocer su trascendencia social y política, no es lo mismo que participar directamente en el gobierno de la colectividad y del Estado"*.

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.

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.

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.