

LA ATENCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD. DE LA ASISTENCIA SOCIAL AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS.

Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz¹

*« Vamos entonces, padre querido, súbete a mis hombros,
que yo te llevaré sobre mi espalda y no me pesará esta carga;
pase lo que pase, uno y común será el peligro,
para ambos una será la salvación. Venga conmigo
el pequeño Julo y siga detrás nuestros pasos mi esposa.
Y vosotros, mis siervos, prestad atención a cuanto diga.
A la salida de la ciudad hay un túmulo y un viejísimo templo
abandonado de Ceres y a su lado un antiguo ciprés
que la piedad de nuestros padres guardó muchos años.
Cada uno por su lado llegaremos todos a ese mismo lugar.*

*Tú toma, padre, los objetos de culto y los patrios Penates;
yo no puedo tocarlos saliendo de guerra tan grande
y de la reciente matanza, hasta que me purifique
el agua viva de un río.»*

*Dicho esto, me pongo una tela sobre mis anchos hombros
y el cuello agachado y encima la piel de un rubio león,
y tomo mi carga; de mi diestra se coge
el pequeño Julo y sigue a su padre con pasos no iguales;
detrás viene mi esposa. Avanzamos por ocultos caminos
y hasta el aire me asusta ahora a mí, a quien todos los griegos
juntos enfrente ni todas sus flechas podían dar miedo,
cualquier ruido me alerta de igual modo
temiendo a la vez por mi compañero y por mi carga».*

VIRGILIO *La Eneida* Libro II.

¹ Fiscal Coordinador de la Sección de Protección a las Personas con Discapacidad de la Fiscalía de Jaén. Profesor de Derecho Civil Univ. de Jaén

I. EL DERECHO ANTE LA DISCAPACIDAD: DEL ENFERMO “OBJETO” A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO DEL DERECHO.

La historia de la humanidad es la historia de la desigualdad entre las personas. Tras atribuirse al varón la tarea de realizar el culto a los dioses lo que suponía la atribución de la casa y los bienes y lo hacía superior en dignidad a la mujer, se fueron segregando a los colectivos más vulnerables de las distintas sociedades a los que se marginaba a ese concepto de desigualdad. Dentro de estos colectivos se encuentra el de las personas discapacitadas. Las distintas épocas han poseído una diferente percepción de la discapacidad. Durante muchos siglos se ha considerado que los discapacitados eran prueba del pecado de los padres o procedían de la cohabitación de los demonios y de los hombres, por lo que deficientes y deformes eran excluidos de la comunidad sagrada de los hombres.

En el Levítico (Cap. 21, Ver. 16-23) puede leerse:

«16 Jehovah habló a Moisés diciendo: 17 Habla a Aarón y dile: 'A través de sus generaciones, ningún descendiente tuyo que tenga algún defecto se acercará para ofrecer el pan de su Dios. 18 Ciertamente ningún hombre que tenga algún defecto se acercará, sea ciego, cojo, mutilado, desproporcionado, 19 quien tenga fractura en el pie o en la mano, 20 jorobado, enano, quien tenga nube en el ojo, quien tenga sarna o tiña, o tenga testículo dañado. 21 Ningún hombre de la descendencia del sacerdote Aarón que tenga algún defecto podrá presentar las ofrendas quemadas a Jehovah. Tiene defecto; no se acercará a ofrecer el pan de su Dios. 22 Podrá comer del pan de su Dios, de las cosas muy sagradas y de las cosas sagradas; 23 pero no entrará detrás del velo, ni se acercará al altar, porque tiene defecto. Así no profanará mi santuario, porque yo soy Jehovah, el que los santifico».

Ni la revolución cristiana modificó esta concepción. Así la tradición cristiana ha identificado al enfermo como un ser “poseído” por el demonio que domina su cuerpo, pero no su alma inocente. Este entendimiento, llevado a sus últimas consecuencias, supuso la existencia de los procesos de brujas, período que ocupó los siglos XV, XVI y XVII en Europa. Al mismo tiempo el nacimiento de un hijo deficiente suponía un descrédito ya que se catalogaba como fruto de un pecado de los padres. A los discapacitados más profundos se les excluyó de los sacramentos e, incluso, de ser enterrados en lugar sagrado. Todavía hoy se dan casos, sobre todo en determinados entornos rurales, en los cuales los deficientes se mantienen ocultos y encadenados por sus propios padres en condiciones absolutamente lamentables como si fueran una afrenta a la propia humanidad de los padres.

Y no solo en los entornos rurales. Incluso entre las personas tenidas por cultas se oculta la existencia de un niño con deficiencias por considerarlo deshonroso. Ejemplo de ello fue el famoso dramaturgo Arthur Miller que tuvo un hijo con síndrome de Down que no incluyo ni siquiera en sus memorias. El niño nació en 1962 y el escritor impuso la decisión de internarlo en una institución. A pesar del cruel abandono de su padre Daniel Miller ha conseguido vivir en un piso con otros compañeros y trabajar de dependiente en un supermercado. Miller sólo tuvo dos encuentros con él. Uno, provocado por su yerno, el actor Daniel Day Lewis, que nunca entendió la actitud de Miller hacia su hijo y le quiso provocar un poco de compasión. El segundo fue fortuito. En 1995, Arthur Miller fue invitado a dar una conferencia en defensa de un hombre con retraso mental condenado a muerte, después de una confesión que muchos creían forzada. No sabía Miller que entre el público se encontraba su propio hijo, que a estas alturas era un muchacho entregado a una causa: ayudar a otros como él. Una inclinación a la justicia que podría parecer una ironía genética. El chico se acercó, le dio al padre un gran abrazo y se hicieron una foto. Cuentan los que vieron que el padre Arthur estaba asombrado, descolocado y enredado en su propia hipocresía, y el hijo Danny, feliz, libre de los rencores que padecemos las personas normales.

La situación de los enfermos en el terreno jurídico, siguiendo al Derecho Romano, se limitaba a recoger una forma de guarda que suponía un sistema de protección del patrimonio familiar que reproducía esencialmente las normas previstas para la administración del patrimonio de los menores. Sin embargo, se recogían escasas disposiciones sobre el cuidado personal de los enfermos. Por ello se dice que, en realidad, los mecanismos de protección van más dirigidos a proteger los intereses económicos de la familia que el bienestar del enfermo, como lo demuestra en que de todo el articulado del Código Civil español dirigido a las personas con discapacidad solamente uno afectan a los intereses personales del discapacitado, dedicándose todos los demás a aspectos patrimoniales.

El retraso y la enfermedad mental han seguido caminos paralelos hasta el Siglo XIX. En la Edad Media los enfermos mentales eran considerados poseídos por el demonio, mientras que los deficientes se salvaban, a veces, de la muerte ocupando los puestos de bufones de la corte. La práctica en el cuidado cotidiano de las personas con enfermedades mentales era la vigilancia en el seno familiar, en ocasiones en situaciones francamente indignas, la existencia errante de aquéllos que carecían de familia o no se ocupaban de él (lo que determinaba el desarraigo, los malos tratos por parte de una sociedad recelosa e incluso la expulsión de las ciudades), o, incluso en los casos de personas con graves trastornos de conducta, el ingreso en establecimientos carcelarios.

La misma tradición cristiana que dulcificó el sentido originario de la patria potestad en la Edad Media, fue la que, con un sentido humanista, empezó a crear establecimientos destinados al cuidado y asistencia de los enfermos en el siglo XV. Así, se crearon en España los Manicomios de Valencia (1409)¹, Zaragoza (1425), Sevilla (1436), Toledo (1480), Valladolid (1489) y, posteriormente, Granada (1527) donde fue recluido el « loco » Juan Ciudad, conocido luego como San Juan de Dios.

«Después de la experiencia espectacular de su conversión, tiene que entrar en contacto con los pobres más marginados de siempre: los enfermos mentales. “Dos hombres honrados compadecidos tomaron de la mano a Juan y lo llevaron.” ¿Dónde? Al manicomio. Un ala del Hospital Real de Granada estaba ocupado por los locos. Allí, siente en sus propias carnes el duro tratamiento que se da a estos enfermos y se rebela al ver sufrir a sus hermanos. De esta experiencia, surge la conversión a los hombres, que desde entonces serán para Juan “hermanos”. “Jesucristo me traiga a tiempo y me dé gracia para que yo tenga un hospital, donde pueda recoger los pobres desamparados y faltos de juicio, y servirles como yo deseo”. El corazón herido, cogido por el amor desbordante de Dios, no le dejará en paz hasta el último momento en que muere de rodillas²».

En general, en Europa existían establecimientos para el ingreso de locos (así, Bethlehem en Inglaterra, la Torre de los Locos de Caen o los Narrtürmer de Hamburgo). Sin embargo, no será hasta finales del siglo XVIII en el que se adoptará, de una manera oficial, el manicomio como forma aceptada de tratamiento de los enfermos mentales, desde todos los puntos de vista: científico (dando aparición a los inicios de la ciencia psiquiátrica), legislativo y social.

En Madrid se inauguró provisionalmente en 1851 el Manicomio de Santa Isabel de Leganés que se adoptó como Manicomio modelo en 1885. A pesar de

1 Fundado por Fray Juan Gilabert Joffre, comendador del Convento de Nuestra Señora de la Merced, tras ver como unos jóvenes se burlaban de un pobre enfermo de locura. Seres inocentes son sin duda, con la misma capacidad que los demás para ser felices o desgraciados, y que precisan del apoyo contra las barreras que su enfermedad les impone. Decía el Padre mercedario Juan Gilabert en su sermón de Cuaresma de ese año en la Catedral de Valencia:

« En esta ciudad hay mucha obra piadosa y de gran caridad pero es evidente que una falta, siendo tremendamente necesaria, como es un Hospital o casa donde los pobres inocentes y furiosos sean acogidos. Porque muchos pobres inocentes van por esta ciudad, pasando grandes necesidades de hambre, frío y daños. Por ello, como por su inocencia y su enfermedad no saben ganar, ni pedir lo que necesitan para sostener su vida, y por ello duermen por las calles y perecen de hambre y de frío (...) sería cosa santa y obra muy santa que en la ciudad de Valencia fuera hecha una habitación y Hospital en que estos locos e inocentes estuviesen de tal manera que no nadasen por la ciudad ni pudiesen hacer daño ni se lo hicieren a ellos».

2 <http://www.sanjuandedios-fjc.org/html/orden/dejuancidad.htm>.

ello, el hacinamiento, las escasas condiciones higiénicas, la falta de agua potable, baños y terrenos para la terapéutica por el trabajo, la ausencia de publicaciones, trabajos, autopsias y el hecho de que la dirección general se atribuyera a un sacerdote y la dirección del régimen interior a la Superiora de las Hermanas de la Caridad fueron sus características más reseñables. Benito Pérez Galdós hacía la siguiente descripción en su novela « *La Desheredada* »:

« Cualquiera que despertara súbitamente a la razón y se encontrase en el departamento de pobres entre turba lastimosa de seres que sólo tienen de humano la figura y se viera en un corral más propio para gallinas que para enfermos, volvería seguramente a caer en demencia con la monomanía de ser bestia dañina. ¡En aquellos locales primitivos, apenas tocados aún por la administración reformista, en el largo pasillo, formado por larga fila de jaulas, en el patio de tierra, donde se revuelcan los imbéciles y hacen piruetas los exaltados, allí, allí es donde se ve todo el horror de esa sección espantosa de la Beneficencia, en que se reúnen la caridad cristiana y la defensa social, estableciendo una lúgubre fortaleza llamada manicomio, que, juntamente, es hospital y presidio ».

En estos establecimientos, a veces crueles, se ingresaban enfermos y deficientes mentales con el fin de alejarlos de las calles y, por desgracia, también de la sociedad.

La evolución de la dignificación de las personas con discapacidad han supuesto un largo camino en el que se pueden distinguir varias fases:

1. En el siglo XVI empieza a ganar terreno la idea de que los discapacitados también son hijos de Dios. El humanismo influye en las religiones y consigue suavizar los rigores que hemos presentado.

2. En el XVIII la Ilustración en su afán de educar a los niños no excluyen a nadie dado que uno de sus principios fundamentales era la igualdad. Surgen las primeras iniciativas de Escuelas adaptadas para discapacitados y deficientes. Esto continuó en el siglo XX. Al igual que en el caso de las mujeres la II Guerra Mundial fue la puerta que abrió de par a par a los discapacitados al mundo del trabajo.

3. En los años 50 del pasado comienza a trabajar el movimiento asociativo que en España se consolida en la década de los 70. Empiezan también a surgir las declaraciones internacionales de derechos de las personas con discapacidad.

4. La cuarta etapa es ya la del reconocimiento jurídico y es la de antes de ayer. Leyes como la LISMI, Igualdad y no discriminación, etc...jalonan esta etapa. Se manda a las personas discapacitadas y a sus familias un mensaje de integración, pero es la misma sociedad la que opone resistencias.

5. Es la etapa en la que nos encontramos. Es la etapa en que la sociedad debe tomar conciencia de la realidad del discapacitado y de su capacidad para ser feliz, así como de sus habilidades y potencialidades.

En el camino de esa evolución histórica, 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 está 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. Pero esta necesidad de adaptación es complicada en entornos como los rurales que carecen de un tejido social suficientemente dotado.

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.

Elemento de gran interés en este desarrollo, como luego veremos, 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.

Para la nueva visión de la discapacidad las personas que la padecen son seres humanos con el principal derecho que tenemos todos y que, sorprendentemente, no es recogido en nuestras constituciones, aunque si lo sea en el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776: el de buscar la felicidad.

Y en esa lucha puede apoyarles el derecho. En el mundo de la discapacidad - sea esta física, sensorial o psíquica- se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte.

Y ello pese a las concepciones que consideran que, dada la poca flexibilidad de la Administración de Justicia para la adopción de medidas, el proceso de incapacitación se transforma en un fardo para el proceso de rehabilitación psicosocial del enfermo mental. Desde las Secciones de Protección a las Personas con Discapacidad andaluzas llevamos mucho tiempo pidiendo a las asociaciones de afectados y a los familiares que le den una oportunidad al derecho. Este no va a

solucionarlo todo, no tiene todas las respuestas, ni hará desaparecer el problema. Todos sabemos que los enfermos mentales necesitan tratamiento médico, pero también una profunda intervención social y, por que no, una intensa protección jurídica de sus derechos y de los riesgos que, en la vida legal y social, su situación genera. Nosotros tenemos muy claro la máxima de Hipócrates dirigida a los médicos: “ *Si puedes curar, cura; si no puedes curar, palia; si no puedes paliar, escucha*”.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 constituyó el hito detonante de un importante cambio de rumbo. La situación personal de los deficientes y de los enfermos mentales dejó de ser una cuestión meramente individual y familiar y se transformó en un asunto de importante calado social. El artículo 49 de nuestra Carta Magna nos sitúa ante un nuevo punto de partida al indicar que « *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos*».

Esto supone partir del respeto a la personalidad del incapaz y al libre desarrollo de la misma de igual forma que la que se otorga al resto de los ciudadanos.

Pasamos así a una orientación integradora y que busca, no tanto la « *muer-te civil*» del discapacitado, como su desarrollo personal e integración, total y completa, en la sociedad. El derecho reconoce a la persona con discapacidad la misma dignidad y derechos que al resto de los miembros de la sociedad en condiciones de igualdad. Pero esta igualdad no puede olvidar las propias diferencias del discapaz, ya que este parte de una desigualdad práctica. Por ello, el mismo debe ser titular de un trato específico que le otorgue una especial protección y facilite su inserción e intervención activa en la sociedad a la que pertenece. La discapacidad supone deficiencia de algo, limitación, y las instituciones jurídicas deben dirigirse hoy a compensar o completar una personalidad que no ha terminado de desarrollarse o que se encuentra desestructurada por determinadas patologías con vocación de permanencia. La protección al incapaz debe partir de la base de que se le protege para que pueda gozar sin discriminación negativa de sus derechos como persona y como ciudadano . Por ello, toda la regulación jurídica de la incapacidad se basa hoy en el principio del mayor interés del incapaz que, como gráficamente expone RIVERO HERNANDEZ , reside

“ *en preservar su dignidad personal y proporcionarle el disfrute vivencial de una situación, medios y operaciones que favorezcan el desarrollo de su personalidad*

no sólo (y quizá no tanto) actual sino con perspectivas de futuro, de forma (precisamente por su frustrado desarrollo) que le permita integrarse en la sociedad a la que pertenece en las mejores condiciones posibles, individuales y sociales, y participar en la dinámica y vida colectiva en términos que se aproximen en cuanto fuere posible a lo que entendemos por normalidad o situación de una persona no incapaz.”

En nuestro país, más de 3.500.000 personas se encuentran afectadas por una deficiencia, lo que supone un 9% de la población total. Junto a esta magnitud cuantitativa, debe resaltarse que las condiciones vitales de estas personas no han sido nada alentadoras, y representan sin duda, como hemos visto, el resultado de una historia de persecución, exclusión, y menosprecio a la que las personas con discapacidad se vieron sometidas desde tiempos muy lejanos.

El modelo social considera a la discapacidad 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, el problema –que es más una cuestión ideológica que biológica- requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. Partiendo de la dignidad intrínseca del ser humano, sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona para trasladarlo a la sociedad. Con ello, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas objeto de beneficencia o de programas sanitarios, a ser consideradas sujetos de derechos humanos.

El modelo social, del que ya hemos hablado, entiende la discapacidad como el fracaso de la sociedad para adaptarse a las necesidades de las personas con alguna deficiencia. El problema no está en el individuo, sino en el entorno de la sociedad, que es la que, en realidad, limita a las personas con alguna insuficiencia. La discapacidad, por lo tanto, no radica en el individuo, sino en el resto de la sociedad que no es capaz de superar las barreras sociales, culturales, físicas, económicas y políticas que ella misma va creando.

El modelo social de la discapacidad se centra en el hecho de que las actividades humanas llamadas “normales” están estructuradas por el entorno socioeconómico general, construido en función de los intereses de las personas no discapacitadas. De este modo, la discapacidad se define como una forma de segregación u opresión, desventaja o restricción de actividad, causadas por la

organización social contemporánea que no atiende a las personas que presentan insuficiencias excluyéndolas de las actividades sociales dominantes. Las personas no están oprimidas por razones naturales, sino, por el contrario, la limitación o exclusión es el resultado de la acción humana *del otro* diferente.

Las personas son discapacitadas no debido a sus insuficiencias físicas o mentales, sino por la configuración de una sociedad diseñada *por* y *para* personas no discapacitadas. Para el modelo social el centro de interés no es el individuo con insuficiencia, sino las circunstancias opresoras del entorno social, cultural, político y económico en que viven los discapacitados. Si la sociedad cambia sus estructuras comportamentales, la discapacidad dejara de condicionar la vida de los individuos. Así se dice que la discapacidad es reflejo de que algo funciona mal dentro de la sociedad y debe arreglarse, y no que el mal funcionamiento se encuentre dentro del individuo. Es la sociedad la que incapacita físicamente a las personas con insuficiencia. La discapacidad es algo que se impone a nuestras insuficiencias por la forma en que se nos aísla y excluye innecesariamente de la participación plena en la sociedad. Por tanto, los discapacitados constituyen un grupo oprimido de la sociedad y su superación se basa en el ejercicio del derecho de igualdad y en un problema de respeto a los derechos humanos.

De este modo, se ha producido un cambio en el objeto del análisis teórico, que ha pasado de los individuos y sus insuficiencias a los entornos que agudizan la discapacidad y a las actitudes sociales hostiles.

El discapacitado es una persona con derechos, y debe facilitarse su derecho a integrarse plenamente en la sociedad, tanto como puedan, incluyendo la facultad de administrar su propia vida y patrimonio en tanto sea posible. Esto ha sido reconocido por multitud de documentos internacionales como la llamada Declaración de los Derechos del Retrasado Mental proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971, para tener su último hito en la Convención de 13 de diciembre de 2006 que luego contemplaremos.

Partiendo de esta filosofía y de estos principios vamos nosotros a acercarnos a las novedades jurídicas y a las posibilidades que el derecho tiene para participar en esta maravillosa aventura de, abandonando antiguos prejuicios, capacitar la discapacidad.

II. LA INCAPACITACIÓN ES UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La evolución ideológica que antes hemos contemplado ha influido también en el abandono de un concepto de incapacitación como “*muerte civil*” del disca-

paz dirigido a proteger los bienes de la familia y no su propia persona, a otro que busca la integración, total y completa, de este en la sociedad.

En el mundo de la discapacidad - sea esta física, sensorial o psíquica- se ha luchado siempre por suprimir las barreras que hacen más difícil el acceso de los discapaces a una vida normalizada y de integración. Se trata de compensar las limitaciones que una deficiencia o discapacidad supone para poder acceder a una vida social, económica y jurídica igual a la del resto de los ciudadanos de la sociedad de la que formamos parte. La institución jurídica de la incapacitación y el ejercicio de los mecanismos de protección derivados de la misma son la aportación jurídica a la supresión de barreras. Son, una y otros, la prótesis que nos va a permitir andar cuando hemos perdido una pierna. La incapacitación no es una forma de controlar, como invisibles correas o rejas, al discapaz. Es una forma de protegerlo y de permitirle intervenir en la vida jurídica como sino existiera la discapacidad a través de sus tutores, curadores o padres. Se trata de ayudar al discapaz de la forma más conveniente y útil para que como persona pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. La incapacitación es la llave que abre las cadenas, la prótesis o la muleta que nos permite andar, la ayuda que necesitamos para proteger a nuestro familiar. Por ello, se ha dicho que el procedimiento de incapacidad es la primera institución social de derecho privado y una de las más importantes manifestaciones del Estado social de Derecho y, por eso, se habla de la incapacitación como capacitación.

El principio general de la capacidad de las personas hace que la actual regulación de la incapacitación establezca una importante flexibilidad destinada a modular el grado de limitación de la capacidad de la persona aquejada de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma, estableciendo distintas formas de guarda para cada una de las distintas situaciones que pueden darse.

Hay que destacar que la incapacitación es algo más que un diagnóstico. La enfermedad, como punto de partida, debe provocar una sintomatología suficiente para producir unos efectos que impidan el autogobierno de la persona, la capacidad de autocuidado de su persona y de sus bienes, y la defensa de sus propios intereses. El resto de los fenómenos psicopatológicos por raros y extravagantes que parezcan carecen de trascendencia a efectos civiles. La capacidad de autogobierno supone que uno sea potencialmente capaz de conseguir medios de subsistencia, así como administrar sus bienes y patrimonio de acuerdo con sus intereses, sin perjudicarlos por algún déficit de personalidad.

De acuerdo con lo dicho, habrá que estar, no al diagnóstico, sino a los efectos que la enfermedad origina y las circunstancias en que se desarrolla la vida

del presunto incapaz. Siguiendo a Fernando Santos Urbaneja, para decidir si una persona debe ser incapacitada debe determinarse que necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC. Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en un centro, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la residencia, quedándole solo unas pesetillas para pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no este ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas).

Como punto de partida, debemos tener en cuenta como ideas básicas y orientadoras las siguientes:

- Que la incapacitación supone una limitación de la independencia de las personas, debiendo, por ello, ser excepcional, dándose solo cuando sea necesaria para el bien del individuo discapaz, y no por cualquier otra circunstancia o interés, limitándola a las personas que, verdaderamente, necesiten dicho mecanismo protector.
- La tutela debe procurar el incremento de la capacidad de obrar del sometido a ella, con el fin de igualarla al resto de los ciudadanos, y no suponer simplemente una limitación de sus derechos.
- Debe procurarse la revisión periódica de la conveniencia de mantener o de modificar la declaración de incapacidad, admitiendo la posibilidad de mejora y desarrollo de estas personas.
- La incapacitación no es un fin en sí misma, sino un medio de protección para determinadas personas.
- La incapacitación no sirve para lograr el internamiento en un centro, ni para que la administración se haga cargo del enfermo. Tampoco sirve para obligar a una persona a someterse a un tratamiento médico, ni conseguir de ella cualquier otra concesión. Ni supone, necesariamente, la concesión de una ayuda asistencial. Si bien, estos aspectos

pueden tener relación entre sí, son independientes y la concesión de uno no supone la concesión automática del otro, sino que deberán realizarse procedimientos independientes y basados en criterios diferentes.

Todos estos principios hacen que tengamos que cuestionarnos los caminos por los que discurre el actual proceso de incapacitación que, en la mayor parte de los casos, termina con una inadecuada sentencia de incapacidad total. Si contemplamos el mundo de la discapacidad en multitud de sectores (laboral, educativo, sociosanitario...) se han dado cambios sustanciales para abordar los problemas que se presentan. Solamente el mundo del derecho sigue resistiéndose a estos cambios inaplazables. Por eso es necesario rediseñar el proceso que ya debemos acostumbrarnos a llamar de capacitación, de complemento de capacidad o de apoyo jurídico personal. Las líneas generales de esta reforma podrían resumirse:

- Exigir que, en la demanda, se especifique con claridad cual es el motivo, que necesidad o problema provoca el que la privación de capacidad es necesaria y buena para el sujeto. Que se pretende con dicha declaración.
- El que pueda declararse la incapacidad solo para dicho acto concreto (en muchos casos un discapacitado necesita complemento o sustitución de capacidad solo una o dos veces a lo largo de su vida), nombrándose un asistente *ad hoc* que luego deba rendir cuentas ante el juez por dicho acto. Esto evitaría que la persona quedara marcada con el estigma de «*incapacitada*». Solo en casos puntuales será necesario el procedimiento clásico de capacidad.
- Diversificación de los procesos de capacitación, creando un mecanismo flexible para los casos puntuales o aquellos totalmente claros reservándose el juicio verbal para los casos en que, realmente, haya que delimitar claramente el alcance de la incapacidad.
- Clarificación y extensión de la figura de la guarda de hecho, poderes preventivos, etc.... Y acogimiento de figuras como el asistente tal como se esta planteando el derecho catalan, etc...

III. EVOLUCIÓN DE LOS MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD.

La protección jurídica de las personas desvalidas han seguido, a lo largo de la historia, varios modelos, según iba cambiando la filosofía de la sociedad ante la discapacidad. Siguiendo la clasificación de Santos Urbaneja, podemos realizar los siguientes grupos:

1º. MODELO DE TUTELA DE FAMILIA.

Según este modelo tradicional, tanto el ejercicio de las funciones tutelares como su control se encomendaba a los parientes más próximos, mientras que los Poderes Públicos cumplían un función residual y subsidiaria. Este es el modelo que acogió nuestro Código Civil y que estuvo vigente hasta la reforma del año 1983.

En este año los cambios sociales hacían aconsejable un cambio en el sistema. La dispersión geográfica de la familia que dificultaba el control familiar, el aumento de las familias con patrimonio extendiéndose considerablemente el número de personas discapacitadas titulares, generalmente por herencia y en condominio, de bienes inmuebles y la promulgación de la Constitución de 1978, que traía una nueva concepción de los derechos de las personas y de los discapacitados, provocó un planteamiento nuevo.

2º. MODELO DE TUTELA AUTORIDAD.

En el año 1983 la Ley de 24 de Octubre modifica ampliamente el Código Civil en materia de incapacitación y tutela. Esta ley abandona el modelo de familia y opta por el modelo de autoridad, encomendando a esta no el ejercicio de la tutela, sino el control de la misma que pasa al Juez y al Fiscal. Tras más de veinte años la reforma de la tutela, que supuso, en su momento un paso importante, hoy se encuentra también obsoleta por los siguientes motivos:

a) La Administración de Justicia no estaba en condiciones de asumir esta función por lo que el modelo estaba condenado desde sus inicios. A pesar del esfuerzo de Jueces y Fiscales el control ha sido más formal que real.

La falta de Juzgados Especializados y dotados con personal auxiliar (Censores de Cuentas, Trabajadores Sociales, Médicos Forenses, etc...) que permitiesen establecer un control cabal y efectivo ha lastrado la labor de control. Hoy el Consejo General del Poder Judicial esta haciendo un esfuerzo para llevar a cabo esta especialización de Juzgados, pero esto va lento y hay muchos partidos en que esta especialización no se da con los importantes problemas que ello comporta. Se han creado Juzgados de lo Mercantil en todas las provincias, Juzgados de Violencia contra la Mujer en todos los partidos, pero carecemos de Juzgados de Familia y/o capacidad de las personas en la mayor parte de los partidos judiciales del país, incluso en la mayoría de las capitales de provincia³.

³ En Jaén se ha creado un nuevo Juzgado de 1ª Instancia a finales de 2008 con competencia exclusiva aunque no excluyente en Familia e Incapacidades.

En estos años la sociedad ha continuado cambiando a marchas agigantadas. Los cambios en el sistema de valores, con una menor solidaridad familiar, las nuevas necesidades que la sociedad de consumo plantea, el acceso de la mujer a la vida laboral y social, el éxodo de las zonas rurales y el envejecimiento de la población de las mismas, etc... hace que la clásica tutela ejercida por un familiar al estilo tradicional, con control de la autoridad, tenga cada vez una menor incidencia, optándose por otras formas de protección - tutela profesional o por personas jurídicas- a las que se les aplica la misma regulación que a la tutela individual familiar, debiéndose adaptarse aquellos al modelo de este lo que no es demasiado operativo.

A todo esto se ha unido el que han comenzado las dificultades para encontrar, entre los familiares una persona dispuesta a aceptar la tutela del hermano, del tío o sobrino discapacitado. A veces la familia no existe. Por ello ha sido precisa la creación de Fundaciones Tutelares o el reconocimiento de la tutela legal de las entidades publicas en la nueva redacción del artículo 239-3º CC para cubrir esta laguna.

Esta problemática ha provocado la existencia de importantes voces críticas que apuestan, bien por la flexibilización del actual sistema de tutela de autoridad, bien la vuelta al sistema de tutela de familia o, por último, defendiendo la configuración de un sistema mixto, grupo en el que nos encontramos. Así Leña Fernández⁴, critica el que el sistema de tutela de autoridad, fuertemente judicializado, carece de tradición en nuestro Derecho. Afirma, a nuestro entender acertadamente, que la intervención judicial en la familia debe estar limitada a conflictos e incumplimientos de deberes. Para este autor el sistema de tutela judicial no ha servido para solucionar los problemas que presentaba la tutela de familia, ha hecho el sistema mas lento y costoso, sin lograr una mayor protección de las personas con discapacidad. Asimismo, ha alejado el órgano de control de la persona del tutelado, encareciendo la tutela. Partiendo de la defensa de un sistema mixto, entendía este autor que, a través de la tutela testamentaria, podrían establecerse modelos de tutela familiar, ya que los órganos de control establecidos por el padre “*vincularan al juez*” a no ser que el interés del incapaz exija otra cosa, tal como dispone el art. 224 CC. Se entiende que los artículos 223 y 224 de este cuerpo legal, demuestran que solo se ha establecido la tutela de autoridad para los casos en que los padres no se hayan manifestado de otro modo. La fiscalización judicial es mas fría y conoce

⁴ “*El notario y la protección del discapacitado*”, Colegios Notariales de España, Madrid 1997, págs. 172 y ss.

menos que los familiares las necesidades personales y económicas del incapaz. Hay que destacar, que el Código de Familia Catalán se decanta por el sistema de tutela familiar, tras experimentar el de autoridad. En la regulación de esta comunidad autónoma se establecen dos modelos de protección: uno familiar o de tutela voluntaria (artículos 172 a 177 y 239-1º) y otro de autoridad o tutela dativa, pero este solo para el caso de que no se haya dado la delación tutelar voluntaria.

Sigue, por ello, el CFC el sistema mixto que estamos propugnando. Pero es que este sistema mixto se ha trasladado en gran parte al CC con la ley 41/2003 de protección de la persona con discapacidad como podemos ver en la redacción del nuevo artículo 223 CC. Expone este:

«Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

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

Así creemos que este precepto da a los padres y ascendientes y al mismo discapaz la facultad de diseñar el sistema tutelar que quiere para su descendiente o para el mismo a la medida de sus necesidades y circunstancias, todo ello bajo la vigilancia del Juez y del Fiscal para los casos de conflicto o mal ejercicio de la tutela. Solo en el caso de que el régimen tutelar no se haya diseñado por los padres, ascendientes o discapaz entrara en funcionamiento el régimen legal. En aplicación de este artículo se puede diseñar un sistema tutelar mas flexible que el que la ley configura y que nos da paso al siguiente modelo.

3º. UN NUEVO MODELO: LA AUTOTUTELA.

Lo dicho en el apartado anterior nos sirve también como punto de partida de este nuevo modelo de tutela íntimamente relacionado con el modelo social de la discapacidad que hemos contemplado con anterioridad.

Su nacimiento obedece a varias razones:

a) El Estado de Bienestar va dando evidentes muestras de agotamiento por lo que la sociedad civil debe participar en la respuesta al problema de la discapacidad que como hemos visto, es un problema social no personal.

b) El impulso del modelo social nos lleva a residenciar las decisiones en quien debe decidir, no la familia, no el Estado, sino el propio afectado. Los principios de libertad, autonomía y dignidad de la persona aparecen. Se concibe a la persona con discapacidad como titular y sujeto de unos derechos y no como objeto de los derechos de sus familiares o de la sociedad. Surgen así, las nuevas instituciones como los poderes preventivos, la autoincapacitación y la autotutela, el consentimiento informado y las voluntades anticipadas, etc.

c) Se busca facilitar la vida independiente y plena de las personas con discapacidad, como ciudadanos en un nivel de igualdad con el resto de la población para lo que se le compensa las deficiencias que tiene con ayudas, medidas jurídicas y sociales y discriminación positiva.

Esto se está haciendo a través de tres leyes. Por un lado, la 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Por otro, a través de la Ley de Protección de la autonomía personal y atención a las personas dependientes cuya aplicación no está dejando de tener innumerables problemas.

Profundizar en estas leyes sería muy largo y escaparía de las posibilidades de tiempo de este trabajo. Por ello, nos limitaremos a indicar que las mismas establecen instituciones de protección por las que, aquel que en el futuro pueda ser incapaz, regule su vida jurídica (poderes preventivos, autoincapacitación y autotutela), aumentan la responsabilidad al respecto de las entidades públicas en la protección de los discapaces (tutela legal de la Administración en determinados casos y derecho subjetivo para la atención a la dependencia), regulan un patrimonio especial protegido civil y fiscalmente para el mantenimiento vital del discapaz y establecen mecanismos que facilitan la supresión de barreras de todo tipo, junto con otras medidas de carácter económico y social que garanticen la vida independiente de las personas con discapacidad fomentando al máximo su autonomía. Se establecen conceptos nuevos como el de « *capacidad suficiente* » que puede permitir una mayor participación del discapaz en el diseño de su propia vida y se aumenta (aún más) la intervención del Ministerio Fiscal en la protección de las personas discapacitadas, lo que carecerá de verdadera efectividad si no se acompaña de un aumento de medios personales y materiales de dicha institución que permita una especialización y dedicación que, hoy por hoy, es completamente imposible.

IV. EL NUEVO CONCEPTO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE Y EL PROBLEMA DE LOS ACTOS PERSONALÍSIMOS DEL DISCAPAZ.

En el campo del nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad, es importante destacar el nuevo concepto de capacidad de obrar suficiente que entendemos distinto del de capacidad de obrar plena tradicional en esta materia, lo que provoca importantes consecuencias jurídicas y que, sin ser novedoso, ha sido potenciado con la Ley 41/2003 de protección patrimonial de la persona con discapacidad. Este concepto es recogido, asimismo, en el artículo 4-2º f) de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para establecer el derecho del discapaz a decidir sobre la tutela de su persona y bienes para el caso de la pérdida de autogobierno.

La introducción de esta expresión puede dar lugar a graves problemas prácticos, pero también puede ser un interesante instrumento de integración. La ley distingue entre discapacitados con *capacidad de obrar suficiente* y los que carecen de ella por lo que debemos preguntarnos que podemos entender como capacidad de obrar suficiente.

No nos encontramos ante un concepto enteramente nuevo. En realidad, nuestro Código Civil tiene referencias a dicha capacidad en diversas ocasiones. Así se refiere a ella en diversos artículos (92, 162, 155, 156, 177, 231, 237 y 248), siempre para permitir a un menor o incapaz expresar una opinión, aunque sólo de forma no vinculante, con la excepción del supuesto del 162, en que concede al mismo auténtica capacidad decisoria para los casos de aceptación por el menor de prestaciones personales. No obstante, en la actualidad debemos darle una interpretación más amplia, acorde con la mayor capacidad posible y con la búsqueda de la mayor integración del discapaz, principio básico en materia de discapacidad.

Estos principios exigen, en primer lugar, que el discapacitado sea oído en la toma de las decisiones que le afecten, y, creemos que también, el que su voluntad sea operativa, en todo lo relacionado con la constitución y gestión del patrimonio protegido, cuando su nivel de entendimiento y comprensión de la existencia y funcionamiento de tal patrimonio sea *suficiente*. Nos encontraríamos ante una cuestión de hecho, debiendo tenerse en cuenta la composición y cuantía del patrimonio y no sólo la capacidad propia, individual y aislada del sujeto, sino la resultante de la ayuda, explicación y complemento que le puedan prestar las personas de su entorno, e incluso el encontrarse esta sometida a un régimen especial de protección como pudiera ser la curatela o la anunciada asistencia del derecho catalán.

Ya que el patrimonio protegido debe constituirse en escritura pública, serán los Notarios los que deberán valorar *ab initio* dicha capacidad. El notario, que

está obligado a respetar la regla general de presunción de capacidad de toda persona que no haya sido judicialmente incapacitada, deberá apreciar, según su leal saber y entender, si el beneficiario tiene o no, en ese momento, la capacidad suficiente, sin que sea correcto exigir una capacidad plena. Para ello deberá oír personalmente al beneficiario, comprobar los datos relativos a las declaraciones administrativas de minusvalía si es que existen, e incluso solicitar la opinión de técnicos, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 665 Código Civil (respecto al testamento otorgado por el judicialmente incapacitado). Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del control posterior a través de las pertinentes acciones de nulidad por falta de capacidad, lo que podrá hacer el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona con interés legítimo. Otra fórmula para llevar esto a cabo puede ser valorar dicha capacidad suficiente por el Notario o por el Juez ante el que se constituye el patrimonio por la oposición de los padres o tutores. Para esta revisión judicial podrá el mismo discapacitado acudir al Fiscal, de acuerdo con el artículo 3-2-2º de la Ley de Protección Patrimonial del Discapacitado, para provocar la constitución judicial ante la negativa del Notario de considerar la existencia de capacidad suficiente. Digamos que, en los procedimientos ordinarios de nulidad *a posteriori* antes indicados, deberá intervenir el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 3-7º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 8-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si existe discrepancia entre el discapacitado y sus representantes y en tanto se le nombre un defensor judicial que lo represente.

Marín Calero destaca la singular importancia de este concepto y como el mismo debe suponer que los agentes jurídicos deben acostumbrarse a dar cauce al derecho constitucional de los discapacitados a integrarse tan plenamente como sea posible en la vida social y que no puede considerarse que el discapacitado psíquico con capacidad suficiente tenga prohibido por la Ley el acceso a la administración de su patrimonio protegido. Se trataría de trasladar al mundo jurídico los principios de integración, habituales ya en los mundos laboral y de la enseñanza.

Es importante poner en relación este concepto de capacidad suficiente con las nuevas tendencias que se dan en el campo de los actos personalísimos de las personas discapacitadas.

Como sabemos, en el mundo del derecho, se ha distinguido tradicionalmente entre los actos personales, en los que cabría la representación de un tercero o tutor, y los llamados actos personalísimos que, por afectar a elementos esenciales de la persona, solo pueden ser realizados por aquella persona a la que afecta.

En el caso de los discapacitados declarados judicialmente incapaces esta distinción no deja de tener importancia, ya que en los actos personalísimos no

basta con la intervención del tutor, sino que la intervención del pupilo resulta fundamental para la validez del acto jurídico de que se trate. El problema surge porque nos encontramos ante personas de capacidad limitada y ello nos lleva a preguntarnos si será posible para ellos el acceder a los efectos jurídicos derivados de estos negocios jurídicos de carácter personalísimo. Si el incapacitado carece de la capacidad suficiente para llevar a cabo el acto, al no poder hacerlo su tutor, serán de imposible realización.

Hemos dicho que los actos personalísimos pueden ser realizados por el incapaz, sin que, en principio, pueda hacerlo por ellos su tutor. Los mismos se encuentran reflejados expresamente en la ley y solo se excluyen de forma absoluta de la capacidad del discapacitado si la sentencia de incapacitación, de forma expresa, así lo hace.

Los actos personalísimos que podemos señalar son:

- El matrimonio. 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.
- El reconocimiento de un hijo extramatrimonial. Según prevé el artículo 121 del Código Civil, lo podrá hacer solo el incapaz, si bien precisa de aprobación judicial. Será a través de esta aprobación judicial en la que se comprobará la existencia de capacidad natural para el reconocimiento y la mínima verosimilitud del mismo.
- Testamentifacción activa. El testamento es claramente un acto de carácter personalísimo. Ello hace que el artículo 665 del Código Civil permita hacerlo al discapaz que no haya sido privado de dicho derecho por la sentencia de incapacitación, y que conserve capacidad natural para hacerlo lo que se comprueba por el sistema establecido en dicho artículo. Solo podrá hacer testamento, este o no incapacitado, si reúne dicha capacidad natural.
- Contratación. El artículo 625 del Código Civil permite que pueda aceptarse una donación con la mera capacidad natural.
- Contratación laboral. En cuanto a la actividad laboral del discapacitado, 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. Tras la promulgación de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI), 13/1982, esto es posible. Pero el contrato laboral tiene un

carácter personalísimo, que el tutor no puede realizar. Mas 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 Código Civil).

- Separación conyugal. Lo discutible del mismo hace que se halla planteado ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional con soluciones diferentes en cada uno de ellos.
- Otros. Con menor trascendencia podemos incluir aquí el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, el derecho de uso y habitación, la libertad, y la integridad física, por ejemplo.

El principal problema que plantean estos actos es la imposibilidad de realización que supone la falta de capacidad natural del pupilo para su realización. Por ello, un importante sector doctrinal ha defendido que del artículo 267 del Código Civil no se desprende el que la intención del legislador fuera privar al discapaz de sus derechos, sino todo lo contrario, por lo que el mismo amplía el campo de legitimación de los tutores para actuar en interés del tutelado. Y esto porque la tutela esta pensada para la protección del incapacitado y no para limitar sus derechos. Impedir de forma indiscriminada el ejercicio de las acciones de carácter personalísimo por el tutor sería una solución poco practica para la protección del incapacitado y, por ello, injusta. Como ha dicho algún autor no existe ninguna limitación expresa para que el tutor pueda ejercitar estos derechos en el nombre del tutelado y su privación supone una falta de igualdad impropia de un Estado de Derecho, ya que atribuir el ejercicio de estos derechos tan solo al titular de los mismos, conduce a la privación definitiva de estos derechos fundamentales al incapacitado, transformando la incapacitación en una verdadera «*muerte civil*».

En realidad, el Código lo que hace es declarar, no que solo el pupilo pueda ejercer estos derechos, sino que el pupilo podrá realizarlos directamente si posee capacidad natural, grado de discernimiento y madurez, suficiente para realizarlos por sí solo. Solo, de esta forma, la incapacitación adquiere su verdadera naturaleza jurídica como medio de igualar social y jurídicamente al discapaz con el capaz, de complemento de derechos más que de limitación de los mismos.

Los Tribunales han tenido ocasión de manifestarse en un caso de estas características que nos parece interesante comentar. Su exposición nos servirá, así-

mismo, para observar las dos concepciones enfrentadas y cual de ellas es la que responde a nuestro ordenamiento constitucional. Podremos observar también cual es la verdadera naturaleza de los mecanismos jurídicos de protección de los discapacitados, pudiendo así acabar con concepciones atávicas que llegan a perjudicar a quienes queremos beneficiar.

a. El caso.

Se trataba de un supuesto en el que una mujer casada, a los tres años separada de hecho mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que el esposo se obliga a abandonar el domicilio y en la que se reconoce lo difícil e insostenible de la convivencia, sufre un accidente de circulación que le produce un traumatismo cráneo-encefálico que le priva absolutamente de todo juicio y razón, con un sustanciosa pensión de jubilación de funcionaria e importante patrimonio. Del matrimonio había nacido un hijo y, con la intención de que el padre se relacionase con él, la madre cede a su esposo una llave del domicilio que frecuenta de forma esporádica e incluso se empadrona en el mismo. El matrimonio había transcurrido desde sus inicios por graves desavenencias provocadas por la actitud que frente a los deberes matrimoniales había mantenido el esposo que en la fecha del accidente de la esposa convivía extramatrimonialmente con otra señora y había tenido un hijo extramatrimonial de otra relación anterior. Tras ser incapacitada y, precisamente por las desavenencias con el esposo, se nombra tutora a su madre.

Al darse problemas de carácter patrimonial entre la tutora, en representación de su hija, y el marido de esta, que se despreocupaba totalmente de ella, la tutora solicitó del Juzgado de Primera Instancia autorización para iniciar acciones de separación y divorcio y medidas provisionales. Mediante auto, con la aprobación del Ministerio Fiscal, se autorizó a presentar demanda de separación y divorcio en nombre de la pupila, auto que fue confirmado por la Audiencia argumentando, con base en el principio de igualdad y de protección de los disminuidos, que pese a la calificación de personalísimas de las acciones de separación matrimonial y divorcio no puede ser entendida en términos tan absolutos, dada la generalidad con que aparece formulado el texto del art. 267 CC. De este precepto, se desprende que la mayor o menor extensión de esas facultades representativas, está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela, debiendo extenderse a todos aquellos actos que el incapaz no pueda desarrollar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal, entre los que debe incluirse el ejercicio de esas acciones matrimoniales y que la tutelada carecía del raciocinio necesario para tomar una decisión.

La tutora presentó demanda de separación matrimonial en representación de la incapaz con medidas provisionales en las que se reclamaba el abandono del domicilio del esposo con la entrega de las llaves del mismo. El Juzgado dictó auto en las Medidas Provisionales y sentencia en la separación con un espacio de tiempo entre ambas, denegando la legitimación de la tutora por entender que se trata de un acto personalísimo en el que no cabe sustituir al incapaz. Esta resolución fue también confirmada por la Audiencia ya que “ *no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y obra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes*”. Contra estas resoluciones se presentó recurso de amparo ante el Tribunal y por el Ministerio Fiscal, ante la contradicción de ambas Salas de la Audiencia, Recurso en Interés de Ley ante el Tribunal Supremo.

b. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999.

Siguiendo la línea mas restrictiva deniega la posibilidad de accionar por parte del tutor ya que nos encontramos ante un acto de carácter personalísimo que solo podría ser realizado directamente por el incapaz.

Surge como consecuencia de un recurso en interés de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal. Tras establecer que la representación del tutor se encuentra limitada a los actos que el pupilo no pueda realizar por si solo, establece que la condición de actos personalísimos de las acciones de separación y divorcio hace que solo puedan ser consecuencia de un acto de voluntad de los cónyuges a los que la ley les reconoce legitimación para ello. Añade que ello no supone un acto de desigualdad, ya que el tratamiento diferenciado no es arbitrario al estar suficientemente justificado. Por todo ello, rechaza el recurso interpuesto por el Ministerio Publico.

Esta sentencia ha sido criticada por un importante sector doctrinal. Y ello porque suponía dejar al incapacitado a merced del cónyuge que si podría instar la separación o el divorcio cuando considerara conveniente, lo que provoca una clara situación de dependencia y suponía, como ya hemos visto, un ataque al principio de igualdad y a la tutela judicial efectiva.

c. La sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000 de 18 de diciembre.

Como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por la tutora de la incapacitada el Tribunal Constitucional ha resuelto con una postura contraria a la vista del Tribunal Supremo.

Nuestro máximo interprete constitucional se sitúa en la línea doctrinal mas aperturista con la posibilidad de legitimación de los tutores para instar la separa-

ción matrimonial y el divorcio. De forma, sin duda acertada, considera conculcados los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva al indicar que

“(...) puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitrario o irrazonable (por todas, STC 35/ 1999, de 22 de marzo) (.....). Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (...), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (...).”

Añadiendo

“Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada. En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.”

También considera el Tribunal Constitucional que se conculca el derecho a la igualdad al exponer que

“ (...) el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza (...)”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional anula las sentencias impugnadas permitiendo a la tutora la acción en nombre de la pupila.

La importancia de la sentencia comentada se encuentra en la consolidación de la idea que, sobre la finalidad de los procedimientos legales de incapacidad, ha estado defendiendo un importante sector doctrinal en convergencia con las asociaciones de afectados y de familiares de estos.

La incapacitación jurídica va dirigida a facilitar la actuación del incapaz en el mundo jurídico de la misma forma y con las mismas garantías que si estuviera en condiciones de actuar con total capacidad. No es una forma de limitar o de disminuir más las posibilidades de actuación de los discapacitados, sino de igualar las mismas a las de las demás personas.

El Derecho, y así lo demuestra la problemática comentada, es también un arma para recuperar para los discapacitados la dignidad que nunca debieron ver cuestionada.

V. NOVEDADES DE LA LEY SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

La ley 51/2003 de 2 de diciembre sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad es otra importante ley que queremos comentar. Esta ley, si bien tiene aspectos positivos, tiene como principal lastre el que incide en aspectos que la Ley de Integración Social de los Minusválidos⁵ no ha desarrollado tras casi 25 años de vigencia y que, incluso en algunos de ellos, es menos avanzada por lo que ha sido criticada por algunas asociaciones de afectados.

En su exposición de motivos esta ley parte de que todas las personas con discapacidad 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.

⁵ Ley 13/1982 de 7 de abril.

Con cita de los artículos 14, 9-2º y 49 CE introduce como estrategias de intervención dirigidas a llevar a cabo las finalidades de la Ley las de « *lucha contra la discriminación* » y la de « *accesibilidad universal* ».

El artículo 1-2º LINDA considera como personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, a los que se equipara los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, con lo cual se amplía el ámbito subjetivo con respecto a la Ley de Protección Patrimonial del Discapacitado. Al igual que en aquella, la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

En su artículo 2 establece la ley los principios fundamentales que la inspiran. Estos son:

a) Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

b) Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

c) Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

d) Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

e) Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, 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».

Para la LINDA se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables para su beneficio, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Para garantizar este derecho los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Estas medidas serán *«aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable».*

Para ello, se entiende como discriminación indirecta *«cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios».*

Como no existe derecho efectivo si este no es exigible judicialmente la ley contempla expresamente la tutela judicial y las medidas para proteger a los que los reclamen de cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante dicha reclamación. Esta tutela judicial se circunscribe a dos aspectos fundamentales:

- 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 por la vulneración realizada sin que exista tope máximo, y la admisión de la indemnización por daño moral aun cuando no existan perjuicios de carácter económico, valorándolo atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Para facilitar la intervención de los discapacitados en estos procedimientos y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, la ley indica que en los procedi-

mientos en 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.

Por último, la LINDA en sus disposiciones adicionales modifica diversas leyes (Estatuto de los Trabajadores⁶, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁷, y otras) de las que solo queremos destacar algunas de las modificaciones operadas en la Ley de Propiedad Horizontal⁸ que se contemplan en su Disposición Adicional Tercera.

Así el artículo 10 LPH 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 queda redactado de la siguiente forma:

6 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

7 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública .

8 Ley 49/1960, de 21 de julio, por la que se regula la Propiedad Horizontal . En adelante, LPH.

« 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 de su 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».*

El tema más interesante en esta materia es el de la legitimación. El artículo 19 LINDA 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» .*

Ciertamente la ley no contempla la legitimación del Fiscal, pero podemos preguntarnos si esta es posible en aquellos casos en que, incumpléndose las disposiciones de la LINDA, el discapaz se encuentra en una situación de desamparo por carecer de representación legal necesitándola o, aún teniéndola, por su entorno económico y social presente especiales dificultades para poder ejercitar las acciones que la ley le permite. Nosotros creemos que es así, ya que esta ley incide directamente, como hemos visto, en derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (pensemos en el derecho a la igualdad del artículo 14 CE en relación con el 9-2º del mismo cuerpo legal) y afecta a personas especialmente necesitadas de protección (artículo 124-1º CE y 3-3º y 7º EOMF). Todo ello hace que creamos que el Fiscal pueda tomar la iniciativa a petición de las personas afectadas o actuando de oficio cuando llegue a su conocimiento incumplimientos de los preceptos establecidos en esta Ley.

La labor del Fiscal como institución básica en la protección jurídica de las personas con discapacidad lo coloca en un lugar privilegiado en la tarea continua de dar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios, de carácter jurídico, para una vida plena, feliz y autónoma.

VI. GRANDEZA Y SERVIDUMBRE DE LA LEY DE AUTONOMIA PERSONAL Y DEPENDENCIA.

Decía Iering en la primera página de ese libro maravilloso que todo jurista debería leer de vez en cuando titulado *« La lucha por el derecho»* que *«todo*

derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que se resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho y en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allá donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que maneja la balanza. Derecho es trabajo incesante, no sólo del poder del Estado, sino de todo el pueblo».

En este estimulante párrafo el gran romanista reflejaba como el derecho, en su doble vertiente (derecho objetivo-derecho subjetivo, norma-facultad), no existe si el mismo no puede ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio⁹. 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 Minusvalidos, 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.

La llamada Ley de dependencia (Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) ha sido esperada y recibida con regocijo por muchos, habiendo sido presentada por el mundo político (de nada mas y nada menos que de cuarto pilar del estado del Bienestar - los otros tres serían la educación, la sanidad y el sistema universal de pensiones- ha sido calificada como si viniera a completar una mesa hasta ahora incompleta) como la panacea de todos los problemas del mundo de la discapacidad, pero, como ya decíamos en unas Jornadas celebradas en Granada en Enero de 2007, los que trabajamos en este maravilloso mundo (por lo que de reto supone en el combate contra el sufrimiento y por los derechos

⁹ En el campo de la lucha por el derecho objetivo este autor añadía « *resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general*». Podemos decir que la lucha por el derecho se libra no solo en el campo de la legislación, sino que es, en el más amplio sentido, una batalla cultural.

humanos) no dejaba de aletear la sensación de que el mundo de la discapacidad no iba a mejorar lo que debiera y que, mucho menos, lo iba a hacer ahora.

Y no nos referimos a la entrada en vigor de la protección escalonada hasta el 2015 (disposición final primera de la ley), ni a la llamada a la existencia de desarrollos reglamentarios y legislativos en los que están implicados todos los niveles territoriales (estatal, autonómico y local); ni siquiera a la impugnación de nacionalistas catalanes y vascos de la ley ante el Tribunal Constitucional por invadir sus competencias o a la, nada desdeñable, posibilidad de que existan diferencias de prestación entre la España pobre y la España rica, entre la España urbana y la España rural, entre el dependiente rodeado de apoyos familiares y sociales informales y el dependiente desamparado y abandonado a su suerte. Tampoco nos referíamos al hecho de que la Ley careciera de memoria económica y que no se supiera de donde iba a salir el dinero para financiarla. El problema era que, del modelo desarrollado, no nos parecía que pudieran lograrse los fines perseguidos por el legislador y la elaboración de la ley se hacía sin tener en cuenta las instituciones de protección existentes.

Por ejemplo, es cierto que el peso de la dependencia lo han soportado hasta hoy las familias casi en solitario, pero eso no justifica la exclusión de las familias de las responsabilidades que les son propias. Hay quien dice que esta ley suprime de hecho el derecho a alimentos (ejemplo clásico de solidaridad familiar que habría que revitalizar, no limitar, y ello por motivos de moralidad pública y de formación en valores) y algo de eso hay cuando se limita el copago a la capacidad económica personal del beneficiario dependiente sin tener en cuenta la capacidad de su entorno familiar directo cuando esto debería haberse considerado, si bien permitiendo la posibilidad de los organismos públicos de reclamar directamente a los familiares el exceso que ello provocaría para evitar los problemas de conciencia de las personas dependientes que evitan que demande a sus familiares¹⁰. Máxime cuando, como en todo, los recursos son limitados. Ello puede crear una situación en que familias con un importante patrimonio económico y un escaso aporte a la persona dependiente abonen menos, y dependientes sin familia que le apoye y un cierto patrimonio abone relativamente más. Incluso esto puede dar

10 La Ley da dos criterios para cuantificar las aportaciones de las personas en situación de dependencia. De un lado el tipo y coste del servicio. De otro, la capacidad económica del sujeto. Sin embargo, la fijación de las cuantías y criterios concretos de distribución se remiten, no ya a una norma reglamentaria, sino a las directrices que elabore el Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia (artículo 33 de la LPAPAD). Esta configuración del copago está provocando una excusa para que ciertos desaprensivos descapitalicen al anciano.

lugar a fraudes a través de la cesión de bienes a los familiares directos para evitar una mayor capacidad económica.

A mi entender la ley debería haber incluido mecanismos privados de participación de padres, hijos y hermanos en la atención al dependiente incardinados en dicho deber de alimentos o en otros institutos de derecho privado como el contrato de renta vitalicia. No desconozco la postura contraria de diversas asociaciones, como el Foro de Vida Independiente, a lo que estoy indicando, abogando por una cobertura total en base a la aportación pública para evitar un perjuicio para las clases medias que consideran serían las más afectadas, así como, evitar descapitalizar al dependiente. Pero una justa redistribución de la riqueza debería garantizar que los recursos (que, como ya hemos afirmado, son limitados) se empleen racionalmente sin que se excluya a nadie del sistema por sus ingresos pero si garantizando un copago progresivo. Otra cosa sería la búsqueda de un sistema de financiación vía impuestos, como propuso el Foro indicado anteriormente, o vía integración en la Seguridad Social tal como ocurre con el modelo alemán, como proponía el CERMI y nosotros defendemos, ya que, en ese caso, la progresividad vendría por un correcto sistema impositivo, aunque la realidad es que este es cada vez más regresivo.

La Ley dejaba, además, mucho margen al desarrollo reglamentario. El mismo determina las bases del reconocimiento del derecho y del copago, de gran importancia, entre otras. Todavía habrá que ver si se garantiza el acceso universal al sistema con independencia de los recursos, la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso al mismo y en la igualdad de protección en condiciones iguales en cualquier punto del territorio nacional, así como un sistema ágil y flexible de acceso que no convierta el mismo en una carrera de obstáculos. El actual estado de aplicación de la ley, por desgracia, ha confirmado nuestras pesimistas apreciaciones.

Lo indicado no quiere decir que la Ley no tenga aspectos positivos, sino que creo que hay que ser prudentes y ver como se van desarrollando los primeros tiempos para hacerse una verdadera opinión de la misma y ver si queda o no en pólvora mojada, realizando aquellas modificaciones que sean precisas para su verdadera efectividad.

Ahora bien, de lo que no cabe duda, es que la ley reconoce un derecho universal en materia de asistencia y apoyo a la dependencia ajena a las limitaciones presupuestarias y a la capacidad económica del afectado. Un derecho, además, que se configura como un derecho subjetivo (artículo 1 de la Ley), lo que tiene como consecuencia ineludible el que deja de ser graciable (como hasta ahora) y puede ser exigido ante los Tribunales de Justicia e impuesto por estos a las Ad-

ministraciones Públicas (artículo 4-2º j de la LPAPAD). Se concede la espada de la justicia, donde hasta ahora solo estaba la balanza.

Ahora bien, para que esa universalidad sea efectiva se tienen que dar dos requisitos:

- por un lado, nadie podrá ser excluido del sistema por motivos económicos.
- por otro, nadie podrá serlo por motivos presupuestarios.

Por ejemplo, hoy en día todas las comunidades autónomas tienen un sistema de atención social para personas mayores mediante el cual -si reúnen unos requisitos- pueden acceder, por ejemplo, a una plaza en una residencia pública con un determinado nivel de copago. Ahora bien, si la persona tiene muchos recursos económicos, ve denegada su solicitud y debe acudir a la vía privada para obtener su servicio. Del mismo modo, cuando la administración ha agotado el presupuesto asignado a un programa deja de otorgar nuevas ayudas. Por ello no estamos ante un sistema universal.

Para que sea así, debe ocurrir como en el sistema sanitario en que todos (con independencia a nuestra capacidad económica) podemos acceder al mismo. Quizás nos pongan en una lista de espera, pero nunca nos denegarán un tratamiento porque se haya agotado el presupuesto. Esa es la diferencia entre un derecho universal y otro que no lo es.

El hecho de que se pague por el servicio una parte del coste calculada en relación con la capacidad económica no afecta a su carácter universal. Ahora bien, este sí se ve directamente afectado cuando la capacidad económica o la ausencia de la misma supone una limitación de acceso al servicio.

Durante la gestación legal se ha dicho, en muchas ocasiones, que el Sistema Nacional de Dependencia nunca dejará fuera a una persona dependiente por falta de recursos económicos. Pero lo cierto es que el verdadero problema no está tanto en las personas dependientes sin recursos (atendidas, hoy día, por los servicios sociales autonómicos), sino en la gran clase media que tiene una pensión suficiente para quedar fuera de la protección pública pero no para poder pagarse de forma privada una atención a la dependencia que precisa sin proceder a su total descapitalización o aún con ella.

En un sistema que se tenga por universal, el criterio de acceso debería ser únicamente el de dependencia, dejándose el de capacidad económica para la determinación del copago¹¹. Ya que el baremo, los criterios de acceso, la intensidad

11 Así en un sistema de acceso verdaderamente universal podríamos encontrar a una persona dependiente en una residencia pública pagando la totalidad del coste de la plaza por poseer suficiente

de la atención de los servicios o el nivel de copago sólo se conocerán una vez los acuerde el Consejo Territorial del Servicio Nacional de Dependencia hoy es imposible hacer una valoración correcta de las características del sistema¹².

Como vemos, son muchas las cuestiones oscuras que presenta, a día de hoy, la Ley de Dependencia. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que su configuración como derecho subjetivo universal supone, necesariamente, su posibilidad de exigir a las Administraciones Públicas involucradas su cumplimiento ante los Tribunales.

La Ley provoca, como elemento fundamental, un importante cambio en la posibilidad de reclamación judicial de los derechos emanados de la misma. Recordemos que la Constitución en cuanto a los principios rectores de la política social y económica (Título I, Capítulo III), establece el régimen del artículo 53-3º CE. Establece dicho precepto que los mismos «*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*», pero que «*solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*».

Esta remisión a las leyes de desarrollo ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sostener que no existe una garantía constitucional directa de los derechos sociales. Su eficacia y, por tanto, su exigibilidad ante los tribunales, depende de lo que establezca en cada caso el legislador. Por ello, es tan importante el cambio de orientación que ha dado el legislador que podemos concretar en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). La misma, con fundamento en los artículos 9-2º, 10, 14 y 49 de la Constitución incorpora al ordenamiento español una nueva concepción de los derechos de los ciudadanos con discapacidad, a los efectos del disfrute pleno de los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos.

capacidad económica.

12 Muchas veces decir «prioridad de acceso» es poco menos que decir «acceso». Si se determina como un criterio de prioridad el hecho de tener rentas bajas podemos encontraros que, en la práctica, se deje fuera a los que ya lo estaban, o sea, a la clase media. El mismo Ministro Caldera el pasado 8 de Diciembre en unas declaraciones al *Diario El País* indicaba que «*Habrà una declaración genérica que recoja el derecho universal a la prestación, aunque tiene que venir limitada en la medida en que haya recursos económicos, y siempre con la idea de los ocho años para ser aplicado completamente. Además, la admisión a este sistema tiene un filtro en función de la renta y patrimonio. Los que puedan permitirse una asistencia privada no serán incluidos*». ¿ Estaremos realmente ante una cobertura universal?

VIII. UN ÚLTIMO PASO EN EL AVANCE DE LA DISCAPACIDAD COMO PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS. LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

El último paso jurídico en la evolución del concepto de discapacidad se encuentra en 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.

No vamos a estudiar ahora en profundidad la misma pero si queremos repetir que 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. No basta con predicar el derecho sino 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».

Solamente si dotamos a la justicia de la espada podrá hacer efectiva la igualdad que supone la balanza. Frente a lo que parece indicar la mitología la justicia no puede ser ciega. Tiene que ver, tiene que distinguir, porque la igualdad pasa por tratar igual a los iguales, pero también por tratar de forma desigual a los desiguales. El Estado y la sociedad debe desactivar la desigualdad que se basa en las diferencias permitiendo una vida plena a todos sus ciudadanos, apoyando a aquellos que necesitan apoyo. Solamente así la justicia será, como ya decía Ulpiano, *« vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo que es suyo »*.