

Aportaciones al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

- Fecha de publicación: 26/09/2018
- El plazo para presentar aportaciones finaliza el 19/10/2018
- Correo electrónico: audienciadiscapacidad.sgpoliticalegislativa@mjusticia.es

Previa.- La Fundación Tutelar de les Comarques Gironines cumplió en abril 2018, 15 años. Desde sus inicios hasta hoy ha ejercido funciones de apoyo a 1577 personas con discapacidad, principalmente personas con enfermedad mental, discapacidad intelectual o secuelas de enfermedades neurodegenerativas y relacionadas con el envejecimiento.

Coincidiendo con el 15 aniversario, el Patronato de la entidad ha considerado necesario divulgar los servicios de la Fundación a partir del nombre SUPPORT, para contribuir a la idea de superación de los mecanismos tutelares que no cumplen con lo prescrito en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el momento de redactar estas aportaciones la Fundación asume el apoyo a 910 personas. La inmensa mayoría responde a designaciones judiciales en el marco de los procedimientos sobre la capacidad de las personas, comúnmente conocidos como procedimientos de incapacitación vividos en estos años, y acertadamente denominados "procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad" en el Anteproyecto visión, de provisión de apoyos.

Concretamente, estamos vinculados a través de la designación para el cargo de tutor respecto a 436 personas, curatela respecto a 344, 42 defensas judiciales en el marco de procedimientos judiciales en curso, 2 administraciones patrimoniales coetáneas a tutelas familiares, 24 cargos provisionales (en desarrollo de medidas cautelares), 47 asistencias (Código Civil de Cataluña), 15 apoderamientos en los cuales se ya hacemos uso de las facultades otorgadas, mientras que tenemos el compromiso de dar apoyo en el futuro a 109 personas que han otorgado poderes con esta previsión si sus circunstancias lo precisan.

Recientemente, se han incrementado mucho los encargos de apoyo a través de instrumentos basados en la voluntad de las personas, tanto a través de apoderamientos -ya sean en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad, ya sean vigentes en el otorgamiento y prevean su pervivencia en un cambio de situación personal- y muy especialmente a través de la figura jurídica de la Asistencia del Código Civil de Cataluña, instada por la propia persona ante la autoridad judicial y nombrada por ésta según la voluntad expresada por la persona con discapacidad.

Sin contar con la adaptación de la legislación nacional y autonómica a los postulados de la CDPD, entendimos, ya a partir de la publicación por el Comité de Naciones Unidas por los Derechos de las personas con Discapacidad de la observación número

1, que podíamos, directamente desde nuestras prácticas, actuar intentando preservar al máximo voluntad y preferencias y desde el paradigma de la capacidad para que las personas puedan decidir sobre los apoyos que precisen, promoviendo su autonomía, mientras le proporcionamos herramientas para la inclusión social. De hecho pensamos que todo el mundo, y especialmente cualquier profesional de los servicios sociales, independientemente del lugar que ocupa en las organizaciones, del marco jurídico, de la financiación..., puede hacer algo para que el apoyo proporcionado sea más acorde con los derechos de las personas con discapacidad. Teníamos claro que no queríamos contribuir a perpetuar el sistema paternalista, limitador y institucionalizador y si queríamos hacer de nuestras prácticas una contribución a los derechos reconocidos en la UNCDPD.

Esta perspectiva nos ha llevado a modificar nuestros estatutos y a reformular todos nuestros protocolos de actuación hacia la calidad, el apoyo a la toma de decisiones y a la vida independiente, la atención integrada, la gestión de casos complejos, la planificación de los procesos de trabajo, la atención a nuestros profesionales y finalmente la visibilidad externa.

Nuestra experiencia, y la voluntad de contribuir a la implementación de las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), nos llevaron a presentar comentarios a efectos de la consulta pública abierta por el Ministerio de Justicia, en abril de este año y el presente escrito de aportaciones al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

En el mundo no existen ejemplos de sistemas generales, con fundamento legislativo, de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica que estén completamente en línea con la Convención, aunque la reciente reforma en Perú ha supuesto un hito al respecto. Desgraciadamente, la sociedad, con dosis fuerte de paternalismo masivo, tampoco ha asumido estos derechos humanos y sigue demandando por estos colectivos servicios que no permiten suficientemente la autonomía, la independencia y la inclusión comunitaria.

Es nuestro deber como organización, que fundamentalmente se define por considerar las responsabilidades de apoyo, aún tutelar, que ejercemos como apoyo eminentemente social (más que jurídico o económico) personalizado, flexible, adaptable y de alta intensidad, hacer hincapié en la importancia que la reforma no sea una cuestión simplemente jurídica, sino que forme parte de una estrategia integral de apoyos a las personas con discapacidad, de la que el apoyo a la capacidad jurídica es una dimensión más. Evidentemente una dimensión muy relevante, pero que debe considerarse en relación, y quizás ejerciendo un papel coordinador, con otras dimensiones de la persona y en las que la voluntad de la misma puede manifestarse en el sentido de desear apoyos diversos, en intensidad pero también en la persona/as u organización que los preste, para dimensiones diversas.

Para ello la **reforma legislativa debería ir más lejos** incluyendo, por ejemplo, la sensibilización de la sociedad, el papel de los servicios sociales y el trabajo en red, la formación de los profesionales que van a dar el apoyo, el acceso al empleo de las personas con discapacidad y el alojamiento accesible de verdad. Con el fin de saber

más sobre el proceso de adaptación de la Convención en nuestras prácticas, Support, junto con otras entidades europeas, esta trabajando mediante tres programas Erasmus+, en las necesidades de capacitación de los profesionales en el proceso de apoyo a la toma de decisiones [iDecide](#), al apoyo en el alojamiento [TopHouse](#), así como en el intercambio de buenas prácticas [Ad-Choisir](#) que busca enriquecer las prácticas de los diferentes países intervinientes en el programa y la creación de una red europea.

Por todo ello, con ánimo de contribuir a una reforma que realmente cumpla con los derechos humanos de las personas con discapacidad, presentamos las siguientes aportaciones:

1.- De la lectura de la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad nos llevamos una grata sorpresa por coincidir plenamente en que la reforma no debe tratarse de un mero cambio de terminología sino de un nuevo y acertado enfoque de la realidad. Aplaudimos el ahondamiento en la necesidad de promover la cultura de la previsión con el fin de evitar la investidura judicial y nos permitimos añadir que sería necesario una reforma estructural en el conjunto de servicios sociales hacia la personalización de los servicios de apoyo, la flexibilidad, la orientación a la inclusión en la comunidad y el trabajo coordinado de todos los servicios profesionales y los apoyos informales alrededor de la persona.

2.- No observamos en el procedimiento sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad ninguna diligencia destinada a valorar voluntad y preferencias de la persona. Y en el procedimiento de internamiento por razón de trastorno psíquico, ni siquiera interviene en su defensa.

Y aquí es donde existe, quizás, una falta de concordancia entre los propósitos descritos en la exposición de motivos y el articulado. Podríamos estar de acuerdo con la transformación de la institución de la tutela en la de curatela, en el sentido que no supone representación (excepto en los casos excepcionales que prevé el texto del anteproyecto), pero entendemos que resulta todavía contraria a las prevenciones de la CDPD. Por poner un ejemplo, el artículo 285 replica el artículo que preveía, para la tutela, la representación en la intervención de actuaciones consideradas extraordinarias.

La figura de apoyo que resulte de la reforma debería, a nuestro entender, contemplar el acuerdo con la persona como el mecanismo habitual de adopción y gestión de decisiones, dejando la autorización judicial cuando el acuerdo sea imposible, o quién ejerza la figura de apoyo no alcance a conocer la voluntad y preferencias de la persona al respecto. O incluso, de forma más excepcional, cuando entienda que debe ser tomada una decisión para la que no puede recabar la voluntad de la persona o esta se opone. Evidentemente la operación debería ser comunicada al Juzgado como salvaguarda a los posibles abusos, y el juez debería poder imponer sistemas de mediación o adoptar la decisión que considere más respetuosa para salvaguardar los derechos de la persona.

Entendemos pues que se corre el riesgo de la decisión subrogada generalizada. Un acotamiento en supuestos determinados, de particular envergadura de necesidad de apoyos, como se ha aplicado en recientes legislaciones como la peruana, podría evitar estos supuestos.

Cualquier configuración de los nuevos mecanismos de apoyo que recuerde los instrumentos jurídicos basados en la incapacitación, o en la limitación (modulación, encauzamiento...) del ejercicio de la capacidad, no permitirán que se asuma socialmente la idea de plena capacidad jurídica de la persona con discapacidad en todos los aspectos de la vida. En consecuencia, manifestamos nuestra **oposición a que se pretenda conservar la institución de la curatela y su misma denominación en la configuración del nuevo sistema de apoyos.**

Nuestra propuesta es que se utilice la denominación de APOYO JURÍDICO a la nueva figura, y eliminar CURATELA del ordenamiento jurídico.

Hoy en día, el fomento de la autonomía de la persona con discapacidad que tiene el apoyo de una **curatela** designada judicialmente, cuando se intenta que pueda por sí misma gestionar el máximo de sus asuntos, topa con un sinfín de obstáculos prácticos y diarios que no son debidos al contenido de la norma aún vigente, sino a que la conciencia social vincula la institución de la curatela a limitación de capacidad y control. Será imposible, o muy difícil y con muchos costes, superar esta conciencia social de que curatela supone control e intervención necesaria del curador en casi todo si se utiliza el mismo nombre y concepto. Podemos dar ejemplos de multitud de situaciones donde debe defenderse la posibilidad de actuación autónoma de la persona apoyada por una curatela, y se topa con obstáculos. Sólo en los ámbitos bancario o administrativo, absolutamente imprescindibles para ejercer una ciudadanía activa, se dan innumerables situaciones de vulneración de la presunción de capacidad.

A su vez, coincidimos plenamente con lo que la relatora Especial de las Naciones Unidas, Sra. Catalina Devandas, hace constar en su informe de 12 de diciembre de 2017, punto 51, en el sentido que aunque algunos países hayan suprimido la figura de la tutela y sólo se permite la sustitución en la adopción de decisiones en determinadas circunstancias y durante un período de tiempo limitado, no es suficiente ya que la tutela parcial y otras formas de sustitución en la adopción de decisiones siguen siendo contrarios a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

De la misma manera que debe garantizarse el acceso a mecanismos de apoyo a la toma de decisiones, el Estado debe garantizar **salvaguardas efectivas para impedir abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de Derechos Humanos. Dichas salvaguardas no deben pasar, en ningún caso, por modificar la capacidad de los individuos limitando su ejercicio, sino permitir la mejor solución a situaciones concretas.**

3.- Entendemos que la reforma debe ofrecer a las personas con discapacidad que lo puedan precisar **mecanismos de apoyo totalmente basados en la voluntad. Para empezar, que de forma general sólo lo pueda instar la propia persona, o que aunque se pueda solicitar inicialmente otras personas o agentes con interés legítimo, sólo**

proceda su tramitación si la persona manifiesta su voluntad al respecto o se ponen de manifiesto indicios de abuso o influencia indebida. Si se contempla este último caso, el del inicio por parte de terceros, el procedimiento debería ir encaminado a ayudar a la persona a tomar consciencia de la situación que observan estos terceros, para que pueda interiorizar y, de la forma más adecuada a la situación de la persona, conseguir que sea ella misma la que considere beneficiosa la recepción de apoyo y la incorpore a su voluntad.

Nos podemos imaginar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos que se centre en construir "con la persona", aunque sea conveniente que participe todo el entorno social que la acompaña, la configuración del apoyo, y permita que siempre se cuente con su voluntad al respecto.

El trámite para proveer este nuevo sistema voluntario de apoyo debe basarse en la máxima facilidad para la persona. Con un procedimiento plenamente accesible y adaptable a las circunstancias de la persona, en los que la intervención de la autoridad judicial esté orientada a configurar, con la voluntad de la persona, no sólo los apoyos, sino también las salvaguardas, así como ejercer la supervisión de la/las personas u organizaciones a las que, según la voluntad de la persona, se les acabe encargando el apoyo.

En este sentido, se denomine como se denomine, puede utilizarse como punto de partida la **Asistencia, regulada en el Código Civil Catalán**, aunque abriendo el acceso a ella a cualquier persona con discapacidad (eliminado la excepción "disminución no incapacitante" como condición de acceso).

4.- Vemos con perplejidad que las previsiones del Anteproyecto por lo que respecta al procedimiento no responden a los valores de la Convención.

En primer lugar, la redacción que se da al art. 749.1 de la LEC prevé que "el Ministerio Fiscal velará por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada".

Este redactado no hace ninguna referencia a la necesidad que en todo el procedimiento se tengan en cuenta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, lo que debería ser también la guía de actuación del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, cuando en el anteproyecto se prevén las pruebas preceptivas, al redactar el artículo 759 de la LEC, no se incluye el deber que en la práctica de las mismas el juez deba recabar, con los medios que haga falta, cuál es la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad en relación al objeto del procedimiento, cómo desea recibir los apoyos que pueda precisar y quién considera que debe prestarlos.

Entendemos, por nuestra dilatada experiencia, que esta información es absolutamente imprescindible si se desea que el resultado sea el diseño, en la resolución judicial, de los mecanismos de apoyo más adecuados para hacer realidad el derecho contemplado en el artículo 12 de la Convención.

Sin un procedimiento orientado a tal fin, con los ajustes razonables del entorno en el que se practiquen las pruebas, así como la utilización de los mecanismos que se requiera para asegurar la mejor comprensión posible por parte de la persona sobre el objeto del procedimiento y las posibilidades de los apoyos a configurar en la resolución judicial, no se cumple con la letra ni los valores de la Convención.

5. En cuanto a los Poderes y mandatos preventivos, entendemos que debe facilitarse el acceso a esta figura, mediante los ajustes que sean necesarios, a cualquier persona con discapacidad. A la vez, debería mejorarse la supervisión, como forma de salvaguarda, del ejercicio de dichos poderes, ya que hoy puede ser un instrumento favorecedor del abuso, como hemos podido constatar.

No entendemos lo que significa que..., sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de curatela..., contenido en el artículo 257 del Anteproyecto.

6.- Entendemos también que el apoyo mediante la guarda de hecho (nombre que debería revisarse, siendo nuestra propuesta **APOYO JURÍDICO INFORMAL**), en los supuestos en los que la persona no puede manifestar su voluntad en relación al apoyo, precisa que la autoridad judicial verifique mediante procedimientos ajustados a la situación de la persona, que la persona apoyada consienta. También como medida de salvaguarda ante posibles abusos. Al mismo tiempo, esta figura topa en la actualidad con multitud de obstáculos formales y administrativos por falta de documentos que la acrediten, que sean fácilmente comprensibles en la vida social (trámites administrativos, económicos...). Debería estudiarse una forma de documentar el apoyo.

Lo previsto en el artículo 261 en relación a la necesidad de recabar autorización judicial para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, integridad física o la libertad de la persona a su cuidado debería quedar ya dispuesto en el Auto como facultad a fin de evitar dilataciones del procedimiento que redundaría en perjuicio a la persona asistida, ya incurso en un procedimiento que ya es consta como cautelar. Las decisiones que pueden comportar estos riesgos no suelen poder dilatarse en el tiempo, y un procedimiento judicial, aunque inmediato, no daría solución a la premura.

7.- En relación a la curatela, aparte de lo manifestado anteriormente, esperamos que los Juzgados dispongan de mecanismos eficaces y personal necesario para dar abasto a la revisión de las medidas cada tres años, prevista en el artículo 266. En otros países, como Francia, el Código Civil tuvo que transformar el período inicial de 5 años en 10, visto el colapso generado en la organización judicial.

Si el artículo 268 prevé que la Autoridad Judicial pueda exigir al curador que informe de la situación personal o patrimonial, significa que no existe control ordinario de las actuaciones del curador respecto a las atribuciones que le han estado encomendadas en sentencia?

En cuanto a la posibilidad que ofrece el artículo 275 de que puedan nombrarse más de un curador, nos gustaría entender que se refiere a la distribución entre ellos de competencias bien distintas como el personal y el patrimonial pero no queda claramente dispuesto el criterio jurisprudencial dominante como si lo hace el artículo 222-25 y 26 del Codi Civil de Catalunya según el cual el cargo lo ostenta una sola persona excepto cuando lo pida la propia persona o se haya dispuesto así por los titulares de la patria potestad o bien el cargo corresponda a una persona casada o en unión de pareja estable y se crea conveniente que también lo ejerza.

Tal como avanzamos en el punto 2 de este escrito, entendemos que el artículo 285 debería referirse a un complemento, a un decidir con la persona y no la representación con autorización judicial, sin obviar que el control judicial requerirá caso de observarse mala praxis.

8.- La Fundación ha ejercido también la administración de algún **patrimonio protegido**. Entendemos que ha sido una institución útil en el sentido de preservar unos bienes ajenos (o propios), dispuestos a las necesidades del beneficiario. Entendemos que requiere de una cierta adaptación pues, de algún modo, el constituyente puede restringir, la propia voluntad de gestión. De todos modos entendemos primordial, para la verdadera protección del patrimonio, que ni aportante ni beneficiario, sea titular del patrimonio, tal como ocurre en la institución descrita en el Código Civil de Catalunya. Así, por poner un ejemplo práctico, sería muy útil y evitaría muchos malos entendidos y confusiones, que el patrimonio dispusiera de NIF propio. También echamos en falta la rendición de cuentas del administrador, u otro mecanismo de supervisión, cuando la escritura de constitución no lo haya previsto, comprobando que el patrimonio protegido sirva realmente a las finalidades de su constitución.

9.- Un complemento en el redactado del artículo 298 sería conveniente para no desvirtualizar el concepto de la **prodigalidad** ya que lo define como la situación en la que se encuentra una persona que malgasta de forma habitual i desordenada sus bienes propios, no especificando la necesidad de que este comportamiento se produzca en detrimento de su propia familia y los alimentos que debe satisfacer. Fuera de este contexto preciso entendemos que la CDPD, sobretodo a raíz del Comentario número 1 del Comité de los Derechos de las personas con discapacidad, entiende que siempre, incluso en situación de crisis (la del pródigo también) se deberá respetar la autonomía individual y la capacidad de adoptar decisiones. Y que algunas personas pueden no querer ejercer el derecho a recibir apoyos. Dilema ético que se presenta en estas situaciones, igual que se presenta en el impulso que se suele tener en ayudar a las personas que, voluntariamente, desean vivir a su manera, aunque sea en la calle.

Si interpretamos el artículo en relación con la exposición de motivos, no hay ninguna duda de la voluntad del Anteproyecto de impedir conductas desordenadas que puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales.

En Cambio sería interesante que el mencionado artículo dispusiera sobre la necesidad de poner a su disposición todos los apoyos, personales y sociales, no solo patrimoniales, que pudiese aceptar voluntariamente.

10.- Observamos que nada avanza el Anteproyecto en relación al procedimiento de **internamiento no voluntario de la persona por razón de trastorno psíquico**, regulado en el artículo 763 de la LEC. Debería tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la CDPD y la guía del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad para su implementación en cuanto al derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad y de nunca justificarlo en la discapacidad, especificando la prohibición absoluta, sin excepciones, del internamiento o retención involuntaria en base a la discapacidad, incluyendo la motivación basada en el riesgo o la peligrosidad para la persona o los demás.

Si los trabajos de codificación no están pensando aún legislar sobre este aspecto, sería imprescindible garantizar la defensa jurídica de la persona que se ve inmerso en un internamiento o intervención involuntaria. Así decide el Tribunal Constitucional en STC 34/2016 de 29 de febrero y STC 182/2015 de 7 de septiembre.

Por poner un ejemplo: un acusado por cualquier delito tiene derecho a defensa y representación pero una persona con discapacidad no puede defender su libertad en procedimiento de internamiento o intervención involuntaria.

11.- A fin de cuentas la CDPD tiene como objetivo la vida independiente y la inclusión plena en la comunidad, por tanto deberemos tener presente lo dispuesto en el artículo 19 de la CDPD y a las precisiones del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General n.5, en toda modificación legislativa en aras al reconocimiento y pleno goce de este derecho promocionando la elección de lugar de residencia, el acceso al apoyo al domicilio y a las instalaciones y servicios comunitarios, en igualdad de condiciones.

12.- Por último entendemos que debería materializarse alguna concreción en el articulado del Anteproyecto referente a la necesidad de impedir injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada..., contra el honor o la reputación; a la obligación de los Estados de proteger la **privacidad de la información personal** y relativa a la salud y rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones (Art. 22 CDPD). Tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 31 de la CDPD poniendo énfasis en la **garantía de la protección de datos asegurando la confidencialidad y el respeto a la privacidad** .

La preservación de la intimidad y la dignidad de la persona precisa, cuando es necesario justificar esta condición ante terceros, de una **credencial** en la que conste los datos imprescindibles, como la condición de persona afectada por la medida judicial Modificación de la capacidad, especificando el alcance de la misma, la institución de protección asignada, el número de DNI, el titular del cargo tutelar y las facultades que le son otorgadas o los actos por qué validez necesaria la su intervención o asistencia, todas ellas generalmente consignados en diferentes partes

de la Sentencia o el Auto. En cambio no es aconsejable que consten otras informaciones contenidas en la Sentencia o al Auto como diagnósticos y detalles de su esfera personal, social y familiar.

La redacción de credenciales por parte del Juzgado no acaba de ser una práctica generalizada en todos los juzgados, corriéndose el riesgo de acreditarse mediante la exhibición de la Sentencia.

Por ello es imprescindible incluir en la legislación la necesidad de emisión de credencial en el momento de la toma de posesión del cargo.

Esperamos que nuestras aportaciones puedan contribuir al mejor desarrollo de la adaptación normativa de las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y nos ponemos a disposición del Gobierno, y de los grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados para ampliar o desarrollar cualquiera de los contenidos de este escrito, o aportar nuestra experiencia al respecto.

Josep Maria Solé.

Director



Girona, 18 de octubre 2018

