

La incapacitación como medida protectora

Cualquier abogado que tenga que asesorar a familiares de personas gravemente afectadas por discapacidades, que se manifiesten con dificultades para adoptar decisiones y/o riesgos, es muy probable que, en caso de adoptarlas por sí mismo, estas puedan perjudicar a la propia persona con discapacidad (discapacidades intelectuales, enfermedades mentales, demencias, secuelas de traumatismos craneales...). Les informará de que el derecho hace muchos siglos -ya lo preveían los romanos- ofrece una batería de soluciones que, de forma muy resumida, se basan en la declaración judicial de "incapacitación" en mayor o menor grado, y la atribución de facultades para decidir (tutor) o para condicionar la validez de decisiones (curador) a otra persona, normalmente un familiar o, eventualmente, cuando no hay apoyo familiar, a una institución.



Josep Mª Solé
Abogado
Fundació Tutelar de les Comarques Gironines

Existe una conciencia social bien clara sobre lo que supone tener la "tutela" de alguien, el tipo de decisiones por las cuales se faculta a los titulares de esta función sobre la vida de la persona con discapacidad y las responsabilidades que se asumen ante la ley, amparadas en la investigación del mejor interés para la persona con discapacidad.

Unos datos para ver la trascendencia y la repercusión social de estas figuras de protección: en Cataluña, en el año 2013, se tramitaron 4.145 procedimientos llamados de incapacitación; y se llegó a las 5.597 personas protegidas a través de entidades tutelares (el juez puede designar una entidad cuando no hay familiares o cuando considera que

estos no están en disposición de ejercer las funciones tutelares convenientemente), supervisadas y financiadas por la Generalitat de Catalunya.

Todo este sistema de protección de las personas que, por causa de una enfermedad o discapacidad, pueden tener dificultades para adoptar válidamente decisiones en todos o algunos aspectos de su vida, y que tenemos tan asimilado en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra cultura social, ya tendría que estar abolido y sustituido por otras formas de apoyo.

Al menos, esto es lo que se desprende del informe emitido el pasado 11 de abril de 2014 por el Comité de Derechos de las

Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, analizando el artículo 12 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York en diciembre de 2006 y ratificada por el Estado Español en 2008, forma parte del ordenamiento jurídico español (y de otros 150 estados que la han ratificado), y sus prescripciones pueden ya ser invocadas por los ciudadanos ante los tribunales.

La Convención pretende que los derechos humanos, reconocidos para todo el mundo, sean disfrutados plenamente también por las personas con discapaci-



dad, y comporta obligaciones en muchas materias para los estados de la cual son parte: obligación de los estados de abolir normas discriminatorias; obligación de luchar contra estereotipos y prejuicios; reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley y en materia de derechos civiles; derecho a no ser privados de la libertad arbitrariamente; derecho a la protección de la integridad física y mental, así como ante el abuso; obligación de los estados de eliminar barreras de todo tipo (especialmente en materia de salud, educación, trabajo, vivienda...); derecho a la vida independiente y a recibir apoyos que la permitan, también los residenciales; derechos en relación a la sexualidad, familia...; derechos a igualdad de acceso a la educación y a recibir los apoyos necesarios en este ámbito; derecho al nivel más alto de salud posible sin discriminación...

Una de las cuestiones en las que la Convención ha de suponer un cambio más sustancial, y que no depende –no de manera directa– de la capacidad de los estados de aportar a sus políticas sociales más recursos económicos, tiene que ver con un artículo que puede no haber captado la atención de la mayoría de personas con discapacidad que han conocido su existencia. Se trata del Artículo 12, que nos habla del igual reconocimiento como persona ante la ley y, más concretamente, de un aspecto de la igualdad que, a fecha de hoy, en la inmensa mayoría de países del mundo, se entiende de una forma diferente a como lo entiende Naciones Unidas.

La Convención pretende que los derechos humanos, reconocidos para todo el mundo, sean disfrutados plenamente también por las personas con discapacidad, y comporta obligaciones en muchas materias para los estados

El Artículo 12 de la Convención habla del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, como los demás, en todos los aspectos de la vida, y de proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Para hacerlo fácil, podemos decir que hablar de capacidad jurídica es, sobre todo, hablar de la capacidad de tomar decisiones válidamente y con efectos en las relaciones con los demás. Evidentemente, solo algunas formas de discapacidad interfieren en la toma de decisiones: discapacidades psíquicas, discapacidades derivadas de enfermedades mentales, discapacidades como consecuencia de enfermedades neurodegenerativas, demencias, traumatismos craneales...

Hasta la vigencia de la Convención, en la mayoría de países, y con la finalidad de proteger a las personas con discapacidad que puedan verse perjudicadas por sus propias decisiones, se ha regulado las consecuencias de estos tipos de discapacidades a partir de la instauración de la “incapacitación”, cuando la discapacidad afecta a la capacidad de “gobernarse”, y del otorgamiento a otras personas (o instituciones) de facultades

para adoptar decisiones por cuenta de la persona discapacitada (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada), o limitar o condicionar la validez de las decisiones que esta pueda adoptar (la curatela, por ejemplo).

En el Estado Español los artículos 199 y 200 del Código Civil común facultan a los jueces para declarar la incapacitación por causa de enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por ella misma. El procedimiento está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las consecuencias de una incapacitación, que en el fondo consiste en la atribución a terceros de facultades de decisión o de intervenir en las decisiones, a través de las instituciones de protección de la persona (tutela, curatela, defensa judicial, administración patrimonial...), están reguladas en nuestro país en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña.

Desde el primer momento, ya se veía que la Convención supondría cambios sustanciales en esta materia y, de hecho, dos leyes han requerido al Gobierno central para que haga llegar a las Cortes Generales proyectos de ley que adapten las normas a las obligaciones internacionales.



Desde el primer momento, ya se veía que la Convención supondría cambios sustanciales en esta materia...

Mientras las leyes no lleguen, el Tribunal Supremo acordó en una sentencia de abril de 2009 que el régimen vigente se podía ajustar a la Convención, si se seguían una serie de normas interpretativas.

Con esta precariedad jurídica hemos ido haciendo. Mientras, además, se ha incrementado el número de personas que, en Cataluña y en el conjunto del Estado, se han intentado proteger a partir de sentencias que nombran tutor o curador, ya sea este una persona física, ya sea una persona jurídica. La lentitud del Estado Español en adaptar las leyes a la Convención en materia de capacidad jurídica no la han tenido otros países que sí han procurado hacer los deberes y modificar sus leyes. Aun así, en muchos casos, la adaptación ha sido moderada y han intentado mantener el régimen, aun

moduladas y flexibles, las instituciones de la tutela y algunas formas de sustitución en la toma de decisiones.

El Comité de Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, órgano creado por la misma Convención con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los estados que son parte y de que estos no violen cualquiera de las disposiciones de la misma, no ha tenido bastante con estas adaptaciones, dado que no cree que se ajusten a las obligaciones asumidas.

Por este motivo, el pasado 11 de abril de 2014, el Comité aprobó su Comentario General en el que interpreta el artículo 12 de la Convención y las obligaciones que tienen que asumir los Estados. En este documento se hace saltar por los aires la posibilidad de declarar que una persona, por causa

de cualquier discapacidad que afecte su forma de tomar decisiones, pueda ser declarada incapaz y, en función de esta declaración, nombrarle un tutor que adopte decisiones por ella o un curador que complemente su capacidad.

Veamos los términos contundentes de este Comentario General:

- El Comité observa que hay un malentendido generalizado en los Estados parte sobre el alcance de las obligaciones del artículo 12 de la Convención. No se ha entendido qué implica pasar del paradigma de las decisiones sustitutivas a otro que se basa en el apoyo para adoptarlas.
- No hay ninguna circunstancia que permita privar del derecho al igual reconocimiento ante la ley, o limitar este derecho.
- Las prácticas o regímenes basados en sustitución en la toma de decisiones, tipo tutela, curatela o leyes de salud mental que permiten tratamiento forzoso... han de ser abolidas.
- Cuando el artículo 12 dice "capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás", incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, reconociendo así a la persona como actor facultado para hacer transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin.
- El art.12 no permite negar la capacidad jurídica, sino que exige que se proporcione apoyo para su ejercicio, que ha de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, nunca ha de consistir en decidir por ellas.
- El tipo y la intensidad del apoyo variará en función de la situación de la persona, pero siempre, hasta en situación de crisis, será necesario respetar la autonomía individual y la capacidad de adoptar decisiones.

- Algunas personas pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyos.
- El art. 12 incluye obligación de ofrecer salvaguardas, que tendrán como principal objetivo el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, así como la protección de los abusos.
- Cuando por causa de la discapacidad no se pueda determinar fácilmente la voluntad de la persona, allí donde hasta ahora se ha utilizado como criterio para decidir el concepto "interés superior" de la persona, es necesario utilizar la "mejor interpretación de la voluntad y las preferencias".
- Ante la posible "influencia indebida" de terceros a la hora de tomar decisiones, las salvaguardas que se adopten han de proteger, pero es necesario también respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluyendo el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.
- El criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para cuestiones financieras se ha de sustituir por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica.
- Obligación de sustituir los regímenes basados en la adopción de decisiones para sustitución, por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones. Es necesario que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Hacerlo en paralelo a mantener los primeros no cumple el art.12.

Un régimen de apoyo a la toma de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y a las preferencias de la persona y respetan las normas de los derechos humanos. El régimen tiene que proteger todos los derechos, incluidos los que se refieran a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a escoger dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, integridad física...). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no han de regular en exceso la vida de las personas con discapacidad.

Los regímenes de apoyo pueden adoptar muchas formas, pero tienen que incluir:

- Disponibilidad para todo el mundo, aunque sea necesario un apoyo muy elevado para adoptar decisiones.
- Todas las formas de apoyo se tienen que basar en la voluntad y preferencias, no en lo que se suponga que es su supuesto interés objetivo.
- La persona o personas encargadas del apoyo, escogidas oficialmente por la persona afectada, tienen que disponer de reconocimiento jurídico.
- Los Estados tienen que facilitar la creación del apoyo para los que no lo tengan de forma natural.
- Las actuaciones de los apoyos serán impugnables, especialmente si no actúan en consonancia con la voluntad y preferencias.

- El coste del apoyo ha de ser simbólico o gratuito. Todo el mundo tiene que poder acceder.
- La persona tiene que tener derecho a rechazar el apoyo, poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.
- Las salvaguardas tienen que tener como objetivo respetar la voluntad y las preferencias de la persona.
- Son necesarios nuevos indicadores de evaluación de la necesidad de apoyo.

Estas obligaciones de los Estados nacen de la ratificación: **NO SON DE APLICACIÓN PROGRESIVA**

Creo que ni nuestros servicios públicos, ni mucho menos nuestra sociedad, están hoy preparados para asumir lo que supone esta nueva concepción del derecho a la plena capacidad jurídica, sea cual sea la situación mental o la discapacidad de la persona, así como el derecho a recibir apoyo para ejercerla (isi se desea!), y que no podemos tardar en ponernos a pensar cómo nos tenemos que adaptar a la nueva situación, tanto por lo que respecta al ordenamiento jurídico, que inevitablemente tendrá que cambiar (hay dos leyes, de 2009 y de 2011, que contienen mandamientos al Gobierno del Estado para modificar las leyes y adaptarlas a la Convención), como por los cambios sociales que tiene que suponer.

Lo mismo pasa en todos los países que han ratificado la Convención sin hacer reservas en la aplicación del artículo 12 (países tan "poco avanzados" como Australia, Canadá, Noruega no aplican este artículo, y Estados Unidos no ha ratificado la Convención, entre otros motivos, por este artículo).

A la vez, no hay un modelo de sistemas de apoyo a la toma de decisiones y en todas partes se está buscando cómo desarrollarlos, porque sin estos nuevos mecanismos no se cumple la Convención.

Obligaciones de los estados parte

- Obligación de impedir interferencias de terceros en el ejercicio de capacidad jurídica. Obligación de impartir capacitación para que personas con discapacidad puedan decidir cuándo necesitan apoyo, o cuándo no lo necesitan.
- Examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las cuales se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.