



I CONGRESO JURÍDICO NACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD “CIUDAD DE CÓRDOBA” 28-29 DE SEPTIEMBRE DE 2023

CONCLUSIONES – RESUMEN DEL CONGRESO

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CENTRO DEL CONGRESO Y DEL DEBATE

1.- Las Personas con Discapacidad son las protagonistas del Congreso y las que están en el centro de todos sus debates. Por eso han sido las primeras que han intervenido, las que han dado la bienvenida y han hablado directamente a los responsables políticos.

Hay que estar muy atentos a su voluntad, deseos y preferencias. Esto es constantemente repetido en la Ley 8/2021 de 2 de Junio, pero no podemos perder de vista que hay una parte de la sociedad que aún tiene que cambiar de mentalidad, que aún tiene que tomar conciencia de que las cosas pueden ser y hacerse de otro modo.

El artículo 8 de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad – Nueva York 2006- llama a los Estados firmantes a abanderar el proceso de toma de conciencia y el Preámbulo de la Ley 8/2021 invita a los juristas a un cambio de mentalidad que abandone actitudes paternalistas propias del pasado.

El cambio de mentalidad alcanza indudablemente a las familias, padres y madres y familiares cercanos, que parten de un principio “proteccionista” como natural forma de cuidar y atender a su familiar. A las familias, como unidad esencial de la sociedad, hay que dotarlas de recursos, formación y acompañamiento; tres elementos sin los cuales es difícil entender y aceptar, sin miedos ni resistencias, que debe primar el principio de autonomía de la voluntad de la persona que tiene una discapacidad, y que ello es una cuestión de derechos humanos.

La sociedad ha de comprender que la discapacidad que tiene en cuenta la Ley es la que afecta a la toma de decisiones, y que esta ley recupera derechos y restablece lo que tiene que ser. A falta de medidas voluntarias de la propia persona con discapacidad, es cuando se han de adoptar los apoyos necesarios y proporcionales para el ejercicio de la capacidad jurídica en todos los ámbitos.

SIGNIFICADO DEL CONGRESO

El Congreso se plantea en clave de con-celebración.

Si miramos unas décadas hacia atrás caeremos en la cuenta de la mucho que se ha avanzado. Sin duda es momento de celebrar y también de recordar que hemos recibido el testigo de otras personas que nos precedieron, que realizaron esfuerzos titánicos por conseguir derechos y mejores condiciones de vida para sus familiares vulnerables por razón de discapacidad.

En Córdoba se remonta a finales de la década de los sesenta la andadura de Asociaciones que han tenido y tienen un gran protagonismo en el proceso de dignificación de este colectivo; Me refiero a PRODE, a PROMI, ACPACYS, SÍNDROME DE DOWM, APROSUB (Actualmente FUTURO SINGULAR).

Por otro lado en Córdoba surgió en el año 1995 el FORO ANDALUZ DEL BIENESTAR MENTAL, poco después la COMISIÓN DE DISCAPACIDAD DEL COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE CÓRDOBA, en el año 2000 LA FUNDACIÓN CORDOBESA DE APOYOS.

Finalmente cabe señalar que durante todo este tiempo ha existido un compromiso de las distintas Administraciones implicadas y de funcionarios extraordinariamente comprometidos en este proceso.

Es esta atmósfera de tradición, implicación y compromiso la que ha hecho posible la celebración de este Congreso.

SIGNIFICADO DE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL APOYO A LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA –

Lo primero que hay que resaltar es que es un Ley de consenso, aprobada sin ningún voto en contra, lo que le garantiza su estabilidad y proyección de futuro.

Es una Ley que invita a la solidaridad, a la fraternidad. No en vano se basa en la “prestación de apoyos” a la persona vulnerable, los precisos para que avance hasta donde sea posible y alcance la realización de sus deseos.

Es una Ley que se basa en dos principios fundamentales: El principio de autonomía y el principio de desjudicialización razonable.

Principio de autonomía

Todo el sistema de apoyos (públicos y privados) a disposición de la persona con discapacidad debe estar orientado a fomentar su autonomía.

No se trata sólo de procurar su bienestar a través de determinados recursos, sino su autorealización. Claro, esto es exigente, esto exige esfuerzo y compromiso por parte de las personas con discapacidad. No todas estas personas quieren ser autónomas o avanzar en la autonomía. Algunas incluso están cómodas en su situación de dependencia. El sentido de la Ley es dar oportunidad a todas ellas, respetando a quien decida no avanzar en su autonomía.

La ley pretende crear las condiciones para que sí puedan hacerlo las que tengan esta actitud, las que sientan este impulso.

En la cúspide del Sistema, se encuentra la persona con discapacidad, debiendo tener a su alcance todos los medios para autodefinir su vida y tomar sus decisiones, con o sin apoyos, en la medida de sus posibilidades.

Principio de desjudicialización razonable

El principio de desjudicialización razonable parte de la constatación de una “judicialización irracional” de esta materia, situación que se pretende corregir.

En el esquema de la Ley 8/2021 los primeros instrumentos llamados a formalizar los apoyos no son judiciales, sino “notariales”. A través de las escrituras de establecimiento o designación de apoyos (Art. 255-1º CC), los poderes preventivos (Arts. 256 y ss del Código Civil) y las Actas de Notoriedad de constatación de la existencia de Guardas de Hecho (Art. 208 Reglamento Notarial). La ley coloca al Notariado como eje y protagonista de la documentación de las figuras de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Subsidiariamente habrá que acudir al Juzgado cuando se planteen actos o negocios jurídicos relevantes que requieran autorización judicial (Art. 264 en relación con el Art. 287 del C. Civil) o situaciones de riesgo que demanden a adopción de salvaguardas (Art. 249 in fine , Art. 295 del C. Civil)

SOBRE “APOYOS E INSTRUMENTOS NOTARIALES” PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El Art. 255-1º ofrece una amplia gama de posibilidades para hacer efectivo el principio de autonomía mediante el otorgamiento ante notario de escrituras donde se defina el contenido y límites de la asistencia, de los apoyos que la persona con discapacidad desee recibir de terceras personas de su confianza.

En este sentido, un instrumento más definido son los poderes preventivos. Sobre todo a partir de los sesenta años resulta muy recomendable acudir al Notario y dejar establecido por escrito cómo quiere que se lleven a cabo las cosas que a cada uno le afectan y dejar un apoderado que vele por su cumplimiento. Puede hacerse al mismo tiempo de otorgar testamento. Pueden hacerse otorgamientos recíprocos (entre esposos, entre amigos).

No es recomendable que la designación de varios apoderados (todos los hijos) por la dificultad en la consecución de los acuerdos o la discrepancia sobre la interpretación del poder. Lo idóneo es que, además de ser una persona en quien se confía, se la que vaya a encontrarse más cerca del poderdante.

SOBRE LA GUARDA DE HECHO

Según el Instituto Nacional del Estadística, más de 4.500.000 de personas mayores de edad en España precisan de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Se calcula en torno a 250.000 las que se cuentan con un tutor/curador nombrado judicialmente y 50.000 las que han otorgando un poder preventivo. El resto, 4.200.000 personas mayores de edad con algún tipo de discapacidad psíquica (Alzheimer, déficit intelectual, trastorno o anomalía mental) reciben los apoyos que precisan de Guardadores de Hecho (Familiares, allegados, instituciones, etc...)

A ello hay que añadir que, en la inmensa mayor parte de los casos, el apoyo se presta de manera correcta y conveniente, sin ningún tipo de abuso.

Por esta razón la reforma otorga a la Guarda de hecho un papel prioritario y preponderante.

La acreditación de la Guarda de Hecho en los casos en que se haya producido ya la revisión de la previa sentencia de incapacitación (Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/2021 de 2 de Junio) y la nueva resolución judicial haya optado por esta medida de apoyo, la propia resolución es el título y documento acreditativo de la Guarda.

En otros casos, cuando no existe ningún precedente judicial, el modo más sencillo y eficaz es acudir al Notario para que constate y declare, tras la tramitación del correspondiente expediente, la existencia de Guarda de Hecho.

El uso de instrumento, previsto en el Art. 208 del Reglamento Notarial, ha sido recientemente objeto de la Circular 1/2023 del Consejo General del Notariado de fecha 27 de Mayo de 2023 que contiene un anexo con un formulario orientativo para su elaboración.

No obstante lo anterior en modo alguno puede decirse que la actividad del Guardador de Hecho esté ajena al control judicial pues los actos relevantes que el Guardador decida realizar están sujetos a previa autorización judicial (Art. 264 en relación con el Art. 287 del Código Civil).

Por otro lado, cualquier persona o institución que llegue a tener conocimiento de un mal uso o mala práctica por parte de un Guardador de Hecho puede o debe (si es funcionario público) acudir al Fiscal o al Juez para que se puedan adoptar las cautelas y salvaguardas que se consideren precisas (Art. 249 in fine y Art. 295 del Código Civil)

El juego de la Guarda de Hecho ha provocado lamentablemente algunos problemas en algunos ámbitos como la banca, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Administración Tributaria.

Algunos de estos problemas no provienen de la Ley, sino de su desconocimiento, de inercias del pasado, etc..., que ya se han denunciado y que se están tratando de corregir.

En este sentido ha sido muy relevante la firma el día 19 de Julio de 2023 en el Banco de España y bajo su cobertura, de varios documentos entre la Fiscalía General del Estado y las federaciones de entidades bancarias más representativas; Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC), entre ellos sobre interpretación del Art. 264 del Código Civil y el modo y forma de actuación de los Guardadores de Hecho ante las entidades bancarias

Respecto de la Agencia Tributaria existen ya algunos pronunciamientos judiciales como la Sentencia 837/2023 de la Sala III del Tribunal Supremo - Contencioso-Administrativo (Pte. Sr. Dimitry Berberoff), que flexibiliza el modo y los medios de acreditación de la situación de discapacidad a efectos tributarios.

Finalmente, se ha hecho saber por distintas vías al Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones, la necesidad de adaptar la Disposición Adicional Vigésima Quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, modificada por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de Marzo, a los principios de la Ley 8/2021 de 2 de Junio.

SOBRE APOYOS JUDICIALES: CURATELA Y DEFENSOR JUDICIAL.

La curatela

Rige el principio de subsidiariedad: Si no se han otorgado notarialmente escritura de apoyos o poderes preventivos y si la Guarda de hecho no resulta suficiente, entonces estará indicado el acudir al Juzgado y la constitución de curatela, ya sea representativa o asistencial.

Se considera que la Guarda de hecho no será suficiente y estará indicado acudir a la curatela cuando concurra cualquiera de las siguientes situaciones (una o varias)

- 1.- Existencia de conflictividad familiar.
- 2.- Gestión compleja del patrimonio de la persona con discapacidad.

3.- Decisiones o actos a corto de plazo de operaciones de trascendencia que, por las circunstancias concurrentes deban estimarse de riesgo.

También es criterio común el acudir a la curatela en caso de que los apoyos los presten Fundaciones o Entidades en ausencia de familiares cercanos o cuando estos no se consideren idóneos.

El Defensor Judicial

La figura del Defensor Judicial se distingue de la curatela y se caracteriza por la provisionalidad. Participa de las características y se le aplican los principios comunes a todas las instituciones de apoyo (Art. 249 Código Civil) pero ello se encuentra limitado a un acto o momento concreto transcurrido el cual queda sin efecto.

Es preciso distinguir tres clases de Defensores Judiciales que, con la misma denominación, tienen contenido diferente:

- 1.- Defensores Judiciales nombrados al amparo del Art. 295 del Código Civil.
- 2.- Defensores Judiciales nombrados para actuar en el expediente (Jurisdicción Voluntaria) o proceso (Ley de Enjuiciamiento Civil) de determinación de las medidas de apoyo.
3. Defensores Judiciales nombrados para actuar en un proceso concreto (Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ajeno al establecimiento de medidas de apoyo

OTROS ASPECTOS PROCESALES DE LA REFORMA DE LA LEY 8/2021 – EL DERECHO A ENTENDER Y SE ENTENDIDO – ART 7 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL –

Es un aspecto muy importante de la reforma. Más allá de los aspectos físicos (supresión de barreras arquitectónicas, rampas, señalética, etc...) se trata adora de facilitar que la información, que el contenido de los actos y resoluciones judiciales pueda ser comprendido e, igualmente, respondido por parte de la Persona con Discapacidad.

El Art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Art. 7 bis de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria contemplan toda una batería de medidas destinadas a hacer posible “el derecho a entender y ser entendido”.

Destaca la previsión de asistencia en las actuaciones judiciales de un facilitador profesional (Art. 7 bis 2 c) o familiar/allegado (Art. 7 bis 2 d) que favorezca la comunicación.

La figura del “facilitador profesional” carece aún de regulación y delimitación de su contenido.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DERECHO PENAL, PROCESAL Y PENITENCIARIO

La legislación civil que ha experimentado una profunda reforma de la mano de la Ley 8/2021 de 2 de Junio.

El Código Penal, se aprovechó la reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, para realizar una adaptación a los principios de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Buena prueba de ello es la definición contenida en el Art. 25.

Donde las cosas siguen ancladas en el siglo XIX es en el enjuiciamiento criminal que, en nada se ha visto afectado, ni por la Convención de la ONU, ni por las Recomendaciones de la Unión Europea. Ello unido al grave impacto que en este colectivo ha tenido la instauración en el año 2003 de los denominados “juicios rápidos” ha dado como consecuencia un exponencial incremento de las personas con discapacidad y trastorno mental que se encuentran cumpliendo penas de prisión en Centros Penitenciarios Ordinarios.

El denominador común de esta materia es “la omisión”. Bien puede decirse que es un materia “omitida”.

Omitida por el legislador, que no legisla. Omitida por las Administraciones, que la ignoran.

Resulta llamativo que el documento que recoge “La Estrategia Española Discapacidad 2022-2030” promovido por la Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030, no aborde este tema.

Sí, se trata de una cruel paradoja.

Allí donde los derechos de las Personas con Discapacidad se encuentran más vulnerados o en mayor riesgo, allí es donde mayor omisión se produce.

La reforma pendiente del enjuiciamiento criminal español debería hacerse eco e incorporar las medidas contenidas en la “La Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales – (2013/C 378/02)”.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CONSUMIDORAS.

En la actualidad todos los ciudadanos presentamos una grave vulnerabilidad en las relaciones de consumo a gran escala, respecto de las empresas que ofrecen bienes y servicios en el campo de la energía, las telecomunicaciones, transporte, productos financieros, seguros, etc...

Esta vulnerabilidad es mayor por razón de edad o discapacidad. Entonces hablamos de consumidores “especialmente vulnerables o hipervulnerables”.

Hay que plantearse qué tipo de apoyos jurídicos necesita la persona vulnerable por razón de edad o de discapacidad en las relaciones de consumo.

Tratar la cuestión de la nulidad radical o anulabilidad de los contratos a través de los criterios tradicionales no resulta satisfactorio.

Para superar esta situación se propone un criterio nuevo, emergente en los países de nuestra tradición jurídica pero bien conocido en el derecho anglosajón, que es el de “ventaja injusta” que ya ha sido incorporado en la más reciente legislación catalana.

Este concepto de “VENTAJA INJUSTA” puede extraerse del tenor del Art. 1302-3-II del Código Civil (Ref. Ley 8/2021 de 2 de Junio) que establece:

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

Se trataría de determinar si, en la situación concreta, se ha producido por parte del contratante una particular situación de provecho patrimonial o ventaja determinante de una situación de desproporción o desequilibrio en perjuicio de la persona con discapacidad”

Es la de la “ventaja injusta” no enteramente coincidente con las tradicionales de “dolo” o “vicio de consentimiento” pero que sirve para enfrentar jurídicamente un amplio espacio de situaciones proclives al abuso.

TEXTOS LEGALES FUNDAMENTALES

Constitución Española de 1978.

Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad – Nueva York Diciembre de 2006 – Ratificada por España en 2008 (BOE 21 de Abril).

Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales – (2013/C 378/02).

Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Ley 8/2021 de 2 de Junio de reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas en situación de dependencia.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

Preguntas y respuestas sobre la nueva Ley de Apoyos a las Personas con Discapacidad – Fiscalía General del Estado – Unidad de Apoyo a las Personas con Discapacidad y Mayores (

<https://www.fiscal.es/documents/20142/a8c51021-7322-387a-0e73-f87e3aca183c>

Documento de trabajo Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la Ley 8/2021 de 2 de Junio.

Circular 1/2023 de 27 de Mayo del Consejo General del Notariado sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la Guarda de hecho (Ley 8/2021)

Documentos firmados entre la Fiscalía General del Estado y las federaciones de entidades bancarias más representativas; Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC), entre ellos sobre interpretación del Art. 264 del Código Civil.

SENTENCIAS

STS de 6 de Mayo de 2021 (Pte. Sr. Seoane Spiegelberg) sobre principios de la reforma

STS de 8 de Septiembre de 2021 (Pte. Sr. Sancho Gargallo)

STS 66/2023 de 23 de Enero (Pte. Sra. Parra Lucán) sobre Guarda de Hecho

STS 1443 y 1444/2023 de 20 de Octubre sobre Curatela y Guarda de Hecho.

VÍDEOS

1.- Enlaces a la grabación de las sesiones del Congreso

Día 28 de Septiembre

<https://www.youtube.com/live/OBiAla0XwIA?si=wgG9jDfM5RvMkvFj>

Día 29 de Septiembre

<https://www.youtube.com/live/sTVYe19tng0?si=zTS4cCH49mhdqdMI>

2.- Mesa redonda Colegio de la Abogacía de Córdoba sobre Ley 8/2021 de 2 de junio

<https://www.youtube.com/watch?v=LjwyT3xH4cQ>

3.- Aplicación práctica de la Ley 8/2021 de 2 de Junio

<https://www.youtube.com/watch?v=-SyNeF79iLU&t=1036s>

4.- Sobre Guarda de hecho

https://www.youtube.com/watch?v=gAP_ylPiKwg&list=PLKTnpK2sRE7Tq-XOs3MfS_H1-0Nth3A8D

ENLACES DE INTERÉS

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO – UNIDAD DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES

<https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/personas-con-discapacidad-y-mayores>

FUNDACIÓN AEQUITAS

<https://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/inicio>