



***Informe sobre las medidas  
necesarias para la adaptación de  
la Legislación a la Convención de  
la ONU sobre los Derechos de las  
Personas con Discapacidad***

*Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010*



## INDICE

<b>I ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN A LA CONVENCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>A. EDUCACIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>B. PROTECCIÓN CIVIL.....</b>	<b>6</b>
<b>C. SANIDAD.....</b>	<b>7</b>
<b>D. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL.....</b>	<b>9</b>
<b>E. EMPLEO.....</b>	<b>10</b>
<b>F. PLAN ESTADÍSTICO NACIONAL.....</b>	<b>10</b>
<b>G. ACCESIBILIDAD.....</b>	<b>10</b>
<b>H. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>11</b>
<b>I. LEGISLACIÓN CIVIL, MERCANTIL Y PENAL.....</b>	<b>12</b>
a) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	13
b) EFECTOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE DETERMINADOS ACTOS JURÍDICOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL.....	15
▶ La capacidad para heredar.....	15
▶ La capacidad para testar.....	16
▶ La capacidad para contraer matrimonio.....	17
▶ La capacidad para tener hijos y ejercer la patria potestad sobre los mismos.....	17
c) EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LAS NORMAS DE CAPACIDAD DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	18
d) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	18



e)	LA LEY DEL REGISTRO CIVIL.....	19
f)	LA INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA LEY DEL NOTARIADO Y LA LEY HIPOTECARIA.....	20
g)	LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO EN MATERIA DE CAPACIDAD.....	21
h)	IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	23
i)	EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.....	23
j)	IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	25
	▶ Capacidad para denunciar y para querellarse.....	25
	▶ Acceso al proceso penal como imputado.....	26
	▶ Acceso al proceso penal como testigo.....	27
	▶ Acceso al proceso penal como perito.....	28
k)	EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL.....	28
<b>III CONCLUSIONES.....</b>		<b>28-36</b>



# INFORME SOBRE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN A LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

## I ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

El Consejo de Ministros aprobó el 10 de julio de 2009, a propuesta de la Ministra de Sanidad y Política Social, la creación de un grupo de trabajo interministerial para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad.

Este grupo de trabajo está presidido por el Ministerio de Sanidad y Política Social y compuesto por todos los departamentos ministeriales.

La Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad no establece nuevos derechos pero prevé medidas de no discriminación y de acción positiva. Los Estados deberán implantarlas para garantizar a las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones. España ratificó este documento el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La Convención supone un cambio radical en el concepto y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, ya que presenta una elaboración detallada de esos derechos y un código de aplicación. Sus principios generales ya estaban recogidos en los enunciados de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, la Convención supone un cambio en el concepto de discapacidad, ya que pasa a considerarla como una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social.

La Constitución de 1978 proclama en su preámbulo la voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, y en su artículo 10.1 dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y la paz social”.

Es por tanto obligación de los poderes públicos contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

Por su parte, el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.



La legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y está a la cabeza en los países de la UE en esta materia. No obstante, se consideró necesaria la creación de este grupo de trabajo para analizar dicha legislación y realizar, en su caso, los ajustes técnicos convenientes para adaptarla y adecuarla a las directrices de la Convención.

Estos ajustes deberían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc). De ahí, la necesidad de la creación de dicho grupo de trabajo con un marcado carácter transversal.

El grupo de trabajo se constituyó en la sesión celebrada el día 13 de octubre de 2009 en el Ministerio de Sanidad y Política Social, con el objeto de analizar el estado de situación actual de la legislación española y la metodología a seguir para elaborar el estudio final comparativo de la normativa española y, en su caso, los borradores de textos legislativos para modificarla, una vez tenido en cuenta, a su vez, el estudio que, sobre el tema, ha realizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

Por razones de operatividad, las materias objeto de reforma se dividieron en dos bloques, en atención a la legislación afectada: por un lado la civil, penal y social, y por otro, el resto de materias.

En el plazo concedido por el Acuerdo de Consejo de Ministros citado, los representantes ministeriales celebraron diversas reuniones e intercambiaron documentos y opiniones analizando las posibles materias objeto de modificación, a la luz de las previsiones de la Convención, llegándose a la conclusión, tras el análisis exhaustivo realizado, de la necesidad de, efectivamente, elaborar diversas propuestas normativas, de distinto rango, para acometer las adaptaciones de la legislación que se han considerado oportunas.

No obstante, en el transcurso de dichas reuniones de trabajo, se determinó que, por la especial incidencia de la Convención en las materias propias del derecho civil, mercantil, penal y social, y en atención a la complejidad de la reforma de las normas jurídicas afectadas, merecían ser objeto de análisis separado, que, a su vez, se vería plasmado en otras propuestas normativas articuladas.

Por otra parte, y manteniéndose la misma consideración para la modificación de la *Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal*, en materia de socialización del coste de las obras de accesibilidad en los edificios, el propio Presidente del Gobierno anunció el 3 de diciembre de 2009, Día Internacional de la Discapacidad, ante los representantes ministeriales y del propio movimiento asociativo de la discapacidad, que se procedería a su revisión en el plazo de 6 meses, por lo que se consideró oportuno mantener este tema al margen del trabajo de este grupo.

Teniendo en cuenta que ni todos los temas eran pacíficos, ni desde el punto de vista legal, doctrinal o social, ni se tenían las mismas visiones en cuanto a la adaptación a la Convención, a lo largo de los trabajos se fueron sucediendo propuestas diversas



hasta llegar a la común del grupo, sin perjuicio de que diversos temas, enriquecidos por el aporte de las visiones aportadas, hayan sido tratados pero no contemplados en el resultado final.

Por todo lo expuesto, a continuación se expone el resultado del estudio realizado que concluye con la necesidad de elaborar diversas modificaciones normativas en las materias que se indican y en el sentido apuntado, con el objetivo de adaptar nuestra normativa vigente a las previsiones de la Convención.

## II **PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN A LA CONVENCIÓN**

### **.A EDUCACIÓN**

El Grupo de trabajo ha constatado que la redacción actual de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, da cobertura suficiente a las obligaciones que impone la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, se emplaza a los Ministerios de Educación y de Sanidad y Política Social a valorar conjuntamente la oportunidad de estudiar una eventual modificación de los preceptos básicos de estas leyes orgánicas a fin de explicitar en los referidos textos que las personas con discapacidad dispongan de medios audiovisuales accesibles que garanticen la igualdad real y efectiva de oportunidades en relación con los demás componentes de la comunidad educativa.

### **.B PROTECCIÓN CIVIL**

*La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio, debería modificarse con el propósito de garantizar la seguridad y protección de las personas con discapacidad durante la vigencia de estas situaciones excepcionales.*

Asimismo, *la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, deberá tener en cuenta que la acción permanente de los Poderes Públicos, en materia de Protección Civil, tendrá en consideración las especiales características del colectivo de las personas con discapacidad y establecerá unos protocolos de actuación específicos para garantizar la asistencia tanto a las personas con discapacidad institucionalizadas como a aquéllas que no lo están pero se encuentran en situación de gran dependencia.*

*El Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear, debería ampliar su regulación para que se prevean protocolos de actuación específicos para garantizar la asistencia tanto a las personas con discapacidad institucionalizadas como a aquéllas que no lo están pero se encuentran en situación de gran dependencia.*



Finalmente, *el Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres* también debería recoger la previsión de que la Dirección General de Protección Civil estableciera programas de preparación de las unidades, que incluyan cursos de formación complementaria y, entre otras materias, las dirigidas a garantizar la asistencia a las personas con discapacidad, así como ejercicios de entrenamiento y coordinación en función de la especialidad a desempeñar, los cuales serían impartidos por la Escuela Nacional de Protección Civil, con la colaboración de los organismos públicos y privados que en cada caso resultasen necesarios.

## **.C SANIDAD**

En general, puede decirse que la población con discapacidad cuenta en nuestro país con las estructuras y recursos que permiten gozar del más alto nivel posible de salud, y tienen asegurado su acceso a los servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con la salud, teniendo en cuenta las cuestiones de género, en su comunidad. Todas las actuaciones que sobre la salud de las personas con discapacidad se llevan a cabo desde el Sistema Nacional de Salud están orientadas a que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental y social, de ahí que se proponga la modificación de las siguientes normas:

- *Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y transplante de órganos*, en el sentido de que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad. En el caso de que el receptor sea una persona con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones.”
- *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, en el sentido de que se respete la personalidad, dignidad humana e intimidad sin que se pueda ser discriminado por razones de origen racial o étnico, de tipo social, de discapacidad, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical, nacionalidad, religión o creencia, edad, orientación sexual o identidad de género. Asimismo, que se contemple expresamente el derecho a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder cualquier persona con discapacidad y sobre los requisitos necesarios para su uso, teniendo en cuenta que la información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Por otra parte, se entiende necesario contemplar que se tenga en cuenta la promoción y mejora de los sistemas de detección de discapacidades y de los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades.



- *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, en el sentido de que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.
- *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, en el sentido de que el contrato se formalice por escrito entre los donantes y el centro autorizado, pero teniendo en cuenta que, antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño universal, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, que habrán de regir también para lo relativo a la expresión del consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones, así como para la emisión del consentimiento y la información a los donantes que establece el *Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejido* y el *Real Decreto 1301/2006 de 10 de noviembre por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos*, clarificando que, en el caso de que se trate de menores o personas incapacitadas judicialmente, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal. Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones.

En las líneas expresadas, también han de ser modificados el *Real Decreto 1088/2005 de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión* y el *Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*.

#### **.D PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL**

Mención especial merece la detección del problema por parte del Grupo de Trabajo de la definición legal de “persona con discapacidad” que recoge la Ley 51/2003, de 2 de



diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, por ser el concepto del que partimos, obviamente, y por las implicaciones que tiene su modificación en todos los ámbitos. Así, una vez tenidas en cuenta todas las opiniones, se considera que procede matizar su definición actual para ajustarla a la de la Convención, debiéndose valorar también si este concepto se extiende o no a efectos de todas las medidas de acción positiva que adopten los poderes públicos, y si comprende tanto a las personas con grado de discapacidad reconocido, como a los perceptores de pensiones de incapacidad, sin necesidad de acreditar ninguna otra circunstancia.

Además, el estudio lleva a concluir que procede la adaptación a las previsiones de la Convención tanto del principio de diálogo civil como del objeto que ha de perseguir el actual Consejo Nacional de la Discapacidad, basado en coordinar y definir una política coherente de atención integral al grupo ciudadano que integran todas las personas con discapacidad.

Asimismo, se considera que tiene carácter discriminatorio la denegación de ajustes razonables, en todo caso, pudiéndose entender por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad y el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico

Por último, y tras diversos debates sobre su oportunidad y alcance, sí parece conveniente la regulación de la implantación de una memoria previa de accesibilidad en los proyectos e infraestructuras de competencia estatal, para que se garantice la accesibilidad universal y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Y todo ello, acompañado del ajuste en el régimen sancionador que corresponda, inhabilitándose, en su caso, a las instituciones que presten servicios sociales y cometan una infracción muy grave para el ejercicio de las actividades de cuidado, tanto para personas físicas como jurídicas.”

## **.E EMPLEO**

Respecto a la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, y en aras de la tendencia impuesta por la Convención y la que se ha recogido en la última Oferta de Empleo Público de la AGE, se considera que procedería el aumento del cupo de reserva al 7 %, en las ofertas de empleo público, de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

Por otra parte, se entiende que, en el marco de la *Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad*, se ha de promover la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para:



- asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores mediante la contratación directa.
- evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan a la contratación en el empleo ordinario.

## **.F PLAN ESTADÍSTICO NACIONAL**

El grupo de trabajo entiende que los sucesivos Planes Estadísticos Nacionales que se aprueben con posterioridad al vigente Plan Estadístico Nacional 2009-2012 deberán satisfacer las exigencias de la Convención, e incluir las acciones necesarias para su cumplimiento.

## **.G ACCESIBILIDAD**

En el seno del Grupo de Trabajo se ha estudiado la posibilidad de modificar el *Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones*, en el sentido de que recoja la previsión del ofrecimiento de formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de signos, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público, previéndose, en concreto, que la señalización de los espacios y equipamientos de los edificios y de otras instalaciones abiertas al público tenga en consideración la iluminación y demás condiciones visuales, acústicas y táctiles, incluida la señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión, que permitan su percepción a personas con discapacidad sensorial o cognitiva. Ante las discrepancias detectadas en el grupo, en cuanto a que sea ésta la norma más adecuada para la integración de las referidas previsiones, se pospone la decisión.

Igualmente, el grupo de trabajo ha detectado la necesidad de estudiar el aumento de porcentaje del cupo de reserva de viviendas de protección oficial aptas para personas con discapacidad que deben programarse, recogido en la *Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos (LISMI)* y actualmente establecido en el 3%, dada su incidencia económica, para determinar con precisión, tanto dicho porcentaje global, como su distribución entre los diferentes tipos de discapacidad.

Por su parte, el *Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad*, también debería contener modificaciones en lo relativo al carácter complementario de las medidas transversales que establece, los contenidos mínimos de los planes de accesibilidad de organismos e instalaciones y sus plazos de aplicación.



El Grupo de Trabajo ha valorado muy positivamente la posibilidad de elaborar una guía de buenas prácticas dirigida a las entidades privadas para promover el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios de la sociedad de la información y medios de comunicación social, si bien esta cuestión queda supeditada a que exista crédito suficiente para su financiación, y a la concreción del instrumento jurídico en el que se va a recoger dicha previsión.

## **.H COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

En el ámbito de la Cooperación Internacional, va a ser necesaria la adecuación de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, proceso que está previsto para este año 2010. En concreto, la citada Ley estará afectada por el artículo 32 de la Convención, que enumera una serie de principios para que la Cooperación Internacional se adecue a los propósitos y objetivos de la Convención.

### Justificación:

La legislación en la materia de Cooperación Internacional debe ser analizada a la luz del artículo 32 de la Convención:

### Artículo 32. Cooperación Internacional.

1. Los Estados Partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención, y tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad. Entre esas medidas cabría incluir:
  - a. Velar por que la cooperación internacional, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sea inclusiva y accesible para las personas con discapacidad;
  - b. Facilitar y apoyar el fomento de la capacidad, incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas;
  - c. Facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos científicos y técnicos;
  - d. Proporcionar, según corresponda, asistencia apropiada, técnica y económica, incluso facilitando el acceso a tecnologías accesibles y de asistencia y compartiendo esas tecnologías, y mediante su transferencia.



2. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones que incumban a cada Estado Parte en virtud de la presente Convención.

Pese a que la Ley 23/1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, no recoge expresamente la perspectiva de la discapacidad en su articulado, no cabe plantear la existencia de vacío legal en la materia. La Política española de cooperación Internacional para el Desarrollo se establece, tal y como indica el Artículo 8 de la Ley 23/1998 a través de los Planes Directores y Planes Anuales. El Presente Plan Director 2009-2012 menciona la perspectiva de discapacidad en varios de sus apartados, empezando por uno de los valores en los que se inspira, el Principio de No Discriminación. Así, este concepto aparece en las prioridades de educación, salud, género, infancia, pueblos indígenas y población afrodescendiente.

Por lo tanto, aunque la legislación estatal sobre cooperación internacional para el desarrollo no presenta, por tanto, incompatibilidad legal o ideológica con lo estipulado en la Convención, ésta podría mejorarse, en primer lugar, incluyendo la discapacidad de un modo expreso y diferenciado dentro de las prioridades sectoriales recogidas en el Artículo 7 de la Ley 23/1998 y, en segundo lugar, mediante la exigencia expresa a que todos los instrumentos por medio de los cuales se pone en práctica la política española de Cooperación Internacional sean inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad.

## **.I LEGISLACIÓN, CIVIL, MERCANTIL Y PENAL**

En el ámbito competencial propio del Ministerio de Justicia, la Convención establece varias exigencias que afectan principalmente a cuestiones de Derecho Civil y de Derecho procesal, a destacar las siguientes:

- La igualdad en el reconocimiento como personas ante la ley (artículo 12 de la Convención).
- La igualdad en el acceso a la justicia (artículo 13 de la Convención).
- El respeto del hogar y la familia y la igualdad de trato en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y la paternidad (artículo 23 de la Convención).

En atención a los cambios que habrán de abordarse, se estudia el impacto de la Convención sobre las siguientes normas:

- El Código Civil
- El Código de Comercio
- La Ley de Enjuiciamiento Civil
- La Ley del Registro Civil
- La Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria



- La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
- La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
- El Código Penal
- La Ley de Enjuiciamiento Criminal
- El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

### ***Ja IMPACTO DE LA CONVENCION EN LA REGULACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA.***

Bajo el rótulo “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el artículo 12 de la Convención engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar, a la vez que exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

En la necesaria evaluación del grado de correspondencia entre la Convención y la legislación nacional preexistente se ha de constatar que el conjunto de derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas ya forman parte del ordenamiento jurídico español.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 9 de octubre de 2002, declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad, y se pronuncia sobre la adecuación a la norma constitucional de las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la incapacitación y al proceso sobre la incapacitación de la persona.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de abril de 2009, ha señalado que la normativa sobre incapacitación, interpretada conforme a la citada sentencia constitucional, es conforme con la Convención, siempre que se tenga en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección y no una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características propias. Todo ello con independencia del nombre con el que el legislador acuerde identificar esta medida de protección.

No obstante, es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la jurisprudencia, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a



los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias.

Con carácter previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en representación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También conviene destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que las facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio.

Las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de Código Civil, además de profundizar en el sistema de graduación de la capacidad iniciado con la Ley 13/1983, han de incidir en la exigencia de proporcionalidad y adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración. La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar.

Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el marco global de “apoyo” previsto en la Convención para asegurar que existan medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.

#### ***b) EFECTOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE DETERMINADOS ACTOS JURÍDICOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL.***



A continuación se examinan los efectos que la Convención tiene sobre determinados actos jurídicos regulados en el Código Civil, como la capacidad de la persona con discapacidad para ser heredero, para testar, para contraer matrimonio o para ejercer la patria potestad sobre los hijos.

Las disposiciones de la Convención con impacto en este ámbito son las siguientes:

El artículo 12.5 de la Convención obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes y a controlar sus propios asuntos económicos, en igualdad de condiciones con las demás.

Por su parte, el artículo 23.1 reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a contraer matrimonio y a formar una familia en igualdad de condiciones con las demás, así como a decidir libremente el número de hijos que quieran tener. A este respecto, el artículo 23.4 obliga a los Estados Partes a asegurar que los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad por motivos de discapacidad. No obstante reconoce la posibilidad de que tras el pertinente examen judicial, las autoridades competentes determinen, de acuerdo con la ley y en interés superior del niño, que esa separación resulta necesaria.

A partir de estos preceptos se ha de analizar la necesidad de ajustar los ámbitos que se apuntaron regulados en el Código Civil.

### ► La capacidad para heredar

Según establece el artículo 744 del Código Civil, pueden suceder aquellos que no estén incapacitados por la ley y, según el artículo 996, si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiera otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido de curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.

De este modo, debe entenderse que el Código Civil no prohíbe heredar ni a las personas con discapacidad ni a los incapacitados judicialmente. Ahora bien, la adquisición de una herencia exige que el heredero acepte la herencia, acto para el cual el Código Civil sí exige la plena capacidad de obrar. Por ello, según el Código Civil, habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación, y si no dispusiese lo contrario, se entenderá que permite al incapacitado aceptar la herencia con la asistencia del curador, o en su caso, al tutor como representante legal del incapacitado y administrador de su patrimonio (el cual, según el artículo 271.4º, necesitará además autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario o para repudiarla).

Nuestra legislación vigente respeta por tanto el derecho a heredar de las personas con discapacidad, imponiendo únicamente cuando fuera necesario según sentencia judicial, la asistencia de la persona que ha sido designada por el juez para la guarda y protección de la persona o bienes del incapacitado.



Por tanto, no resulta necesaria ninguna reforma de la legislación vigente, salvo, en su caso, las adaptaciones terminológicas que pudieran requerirse en caso de introducirse una nueva figura de apoyo al incapacitado, así como las que implicaría la posible sustitución del término “incapacitado” por “persona con capacidad modificada”.

### ► **La capacidad para testar**

Aunque la Convención no se refiere al acto jurídico de testar con carácter expreso, la capacidad para testar aparece unida a la capacidad para heredar y plenamente conectada con el derecho de las personas a ser propietarias y a controlar sus propios asuntos económicos.

En nuestro derecho, el artículo 662 del Código Civil permite testar a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y el artículo 663 establece la incapacidad para testar de aquél “que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por último, el artículo 665 precisa que en aquellos casos en que la sentencia de incapacitación no precise nada acerca de la capacidad para testar, si el incapacitado quiere otorgar testamento, tendrá que acudir al Notario para que éste designe a dos facultativos para que le reconozcan y le autoricen en su caso, respondiendo de su capacidad.

En resumen, no todas las personas con discapacidad ni incapacitadas tienen prohibido testar. Respecto de los incapacitados judicialmente, puede ocurrir que la sentencia haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del artículo 665.

Por ello, no resulta necesario llevar a cabo ninguna modificación de fondo en este aspecto, si bien sí cabría articular alguna medida de apoyo al incapacitado para que pudiera testar con su asistencia. Por último, de nuevo serían pertinentes ciertas adaptaciones terminológicas, tanto por lo que se refiere a las menciones sobre la “incapacitación”, como en relación con el término “cabal juicio”, demasiado abierto e indeterminado.

### ► **La capacidad para contraer matrimonio**

El artículo 56 del Código Civil permite contraer matrimonio a quienes acrediten reunir los requisitos de capacidad establecidos en dicha norma (artículos 44 y siguientes) y precisa que “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento”.

En consecuencia, el Código Civil no prohíbe contraer matrimonio a las personas con discapacidad ni a todos los incapacitados. Ahora bien, exige plena capacidad de obrar para prestar el consentimiento matrimonial. Por ello, únicamente si el médico que examina al sujeto considera y certifica que, dada la deficiencia psíquica del mismo, éste no tiene capacidad para prestar el consentimiento, entonces no podrá contraer matrimonio.



Encaja por tanto plenamente nuestra normativa con la Convención de NU, en la medida en que ésta reconoce el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio “sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

► **La capacidad para tener hijos y ejercer la patria potestad sobre los mismos**

En cuanto a la capacidad para tener hijos, nada dice el Código Civil, debiendo remitirnos en este aspecto a lo que establece el Código Penal, cuyo artículo 156 (declarado constitucional por la Sentencia 215/94 de 14 de julio), contempla la posibilidad de esterilizar a personas incapacitadas que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. Una regulación que debe revisarse a la luz de la Convención y en concreto del derecho de las personas con discapacidad a mantener su fertilidad, previsto en el artículo 23.1 c) de la Convención.

Pero centrándonos en la regulación del Código Civil, debemos referirnos a la capacidad de las personas que tienen una discapacidad para ejercer la patria potestad sobre sus hijos. El artículo 156 establece que la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, y el artículo 157 contempla el ejercicio de la patria potestad por el menor no emancipado. A este respecto establece que éste ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de los padres y, a falta de éstos, de su tutor o, en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.

Nada se establece sin embargo en relación con el ejercicio de la patria potestad por los incapacitados. Por ello, ante la laguna legal existente en esta materia, resulta pertinente añadir un nuevo artículo en el que se haga referencia a dicho derecho con las limitaciones que se establecen en el artículo 157 para los menores no emancipados.

**c) EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LAS NORMAS DE CAPACIDAD DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Las normas de capacidad del Código de Comercio están estrechamente ligadas a las que contiene el Código Civil y a la reforma que de estas se pueda llevar a cabo.

En este sentido, el artículo 5 dispone que “los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio”.

La consideración de este precepto a la luz de las disposiciones de la Convención obligarían a su modificación terminológica, pero también habría de incidirse en que la sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad, que habría de pronunciarse sobre este aspecto concreto. Cuestión distinta es la agilidad que se



quiera dar después a la actividad en este ámbito de tutor o del curador para adaptarla a las necesidades del tráfico mercantil.

La previsión del artículo 5 del Código de Comercio debe destacarse que no lleva a que después se incluya a las personas incapacitadas entre las que se impide el ejercicio de la profesión mercantil (artículo 14). Asimismo, esa autorización permite trasladar la capacidad para intervenir en las instituciones del Código de Comercio, como es el Registro Mercantil.

Finalmente, en las normas de contratación mercantil del Código de Comercio no hay previsiones específicas sobre la capacidad, salvo por remisión a las normas de capacidad general del mismo texto legal (por ejemplo, el artículo 282 en relación con el factor).

#### ***d) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL***

Los preceptos de la Convención que aquí interesa ponderar son también artículo 12, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, artículo 13, sobre el acceso a la justicia, y artículos 8 (toma de conciencia) y 9 (accesibilidad), cuyo contenido ya ha sido examinado.

Las reformas del Código Civil mencionadas en el epígrafe a) del apartado H) de este informe han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyas disposiciones también deben ser adaptadas a la Convención. Particular atención requiere la regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar en cuanto ha de encauzar la actuación procesal de los operadores jurídicos para llegar a una sentencia que, en primer lugar, gradúe las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no puede adoptar decisiones y determinar los actos o categoría de actos que no puede realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia y, en segundo lugar, deberá establecer la figura o medidas de apoyo en la toma de decisiones en las áreas o actos en que lo necesite la persona cuya capacidad de obrar se modifica. También, deberá estudiarse la oportunidad de introducir previsiones para, cuando el juez considere temporal la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, pueda precisar en la sentencia la duración de la medida de apoyo acordada y someter a revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad, todo ello de conformidad con el artículo 12.4 de la Convención.

En la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar deberán subrayarse las siguientes premisas consolidadas por la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, conforme al principio recogido en el artículo 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva. En segundo lugar, la discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse. En tercer lugar, la inaptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación, habría que ponderar lo que hace



ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; si de esa ponderación resulta que la persona con discapacidad necesita hacer o procurarse algo que no puede hacer o procurarse por sí misma, ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser complementada por la particular figura o la medida de apoyo.

Por lo demás, y en relación con el artículo 13 de la Convención, se entiende que la Ley de Enjuiciamiento Civil garantiza la accesibilidad en las actuaciones jurisdiccionales, al prever medidas como facilitar la constitución del juzgado fuera de la sede judicial, proceder al interrogatorio domiciliario (artículo 311), la utilización de los medios técnicos, electrónicos, etc. (artículo 135), facilitar el acceso a libros, archivos y registros judiciales (artículo 141), utilizar un lenguaje que facilite la comprensión, facilitar las circunstancias que permitan la presencia de la parte (artículo 414), ajustar las reglas de interrogatorio (artículos 301 a 316), facilitar la intervención de intérprete (artículo 143) y permitir la grabación de la audiencia o vista o suspenderla hasta que se pueda realizar con todas las garantías, conceder una atención específica para intervenir como testigo (artículos 360, 361, 364), y como perito (artículos 340, 346).

#### **e) LEY DEL REGISTRO CIVIL.**

Recientemente, se aprobó la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

La Ley del Registro Civil utiliza una terminología adaptada a la empleada en la Convención. Así, el artículo 1, al relacionar los hechos inscribibles en el Registro Civil, en su número 5º alude a las “modificaciones judiciales de la capacidad de las personas”, expresión también reiterada en el artículo 38.1º y en el artículo 46.

No obstante, el citado artículo 38, en la enumeración de anotaciones a realizar a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, en su número 6º se refiere a la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz. No parece que el empleo del término en este contexto sea contrario a la Convención, pues alude a una presunción que, cuando quede confirmada por sentencia judicial, daría lugar al empleo de la expresión “modificación judicial de capacidad” utilizada en esta Ley.

#### **f) INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA LEY DEL NOTARIADO Y LA LEY HIPOTECARIA.**

La Ley del Notariado, en su artículo 10.3 exige para el ingreso en el Notariado reunir, entre otras condiciones, no encontrarse comprendido en ninguno de los casos que incapacitan o imposibilitan para el ejercicio del cargo de Notario. En su artículo 38



alude a los casos, entre otros, de inhabilitación o incapacidad de un Notario, a efectos de señalar las actuaciones para la custodia de los protocolos del Notario incapacitado o inhabilitado.

No parece que el empleo del término incapacidad en el contexto de esta ley resulte contrario a la Convención, pues sólo quedaría excluido quien no puede ejercer el cargo.

El término incapacidad es un concepto en permanente evolución que, unido a las políticas y programas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, exigirá una actualización permanente de las normas reglamentarias a efectos de determinar la discapacidad concreta que imposibilite el ejercicio del cargo de Notario; actualización que deberá efectuarse conforme a los principios generales de la Convención enunciados en su artículo 3, concretamente, respecto a la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y la igualdad de oportunidades.

El Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, al desarrollar el artículo 10.3 de la Ley, establece que carecen de aptitud para ingresar en el Notariado “los impedidos física o psíquicamente para desempeñar el cargo” (artículo 7.1).

Las consideraciones respecto a la Ley del Notariado son extensivas a este precepto reglamentario.

El artículo 182, establece que son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura “las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos”.

Este artículo contraviene el espíritu de la Convención, pues pudiera considerarse como una especialidad del acceso a la justicia contemplada en el artículo 13.1 y, además, no responde a la realidad de algunas de las discapacidades mencionadas.

La Ley Hipotecaria y el Reglamento para su ejecución, no contienen previsiones que planteen problemas de compatibilidad con la Convención, ni siquiera en cuanto a la terminología empleada en dichos textos.

Así, la Ley Hipotecaria (artículo 279) establece como requisitos para ser nombrado Registrador, ser español, mayor de veintitrés años de edad y ser licenciado en Derecho. Entre las causas que impiden ser Registradores (artículo 280) no hay ninguna alusiva a deficiencias físicas o psíquicas.

Por otra parte, el artículo 291 contempla la posibilidad de los Registradores de ser jubilados a su instancia, por imposibilidad física debidamente acreditada. Completa esta previsión el Reglamento (artículo 544) en cuanto prevé que los Registradores jubilados por imposibilidad física pueden volver al servicio si ésta desapareciere, previa instrucción de un expediente para determinar que el jubilado se encuentra en disposición de volver a desempeñar el cargo y reingresará al servicio activo.



### **g) REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO EN MATERIA DE CAPACIDAD.**

Entre las cuestiones de posible incidencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre el ordenamiento jurídico español figura el requisito de capacidad que la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su artículo 8.5 establece para ser jurado (“no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado”).

Así parece desprenderse del Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, al igual que lo fue la Proposición no de Ley del 16 de junio de 2009, aprobada por la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de Diputados, que en relación con el artículo 8.5, “requisitos para ser jurado”, de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y llegar a la conclusión de que “es un precepto genérico e inconcreto, que puede permitir interpretaciones restrictivas”.

En relación con esta regulación, el propósito será el de declarar la capacidad para ser jurado de las personas incapacitadas, a menos que su situación lo impida, y que a tal fin se les proporcionarán los apoyos materiales y humanos necesarios.

Desde un punto de vista práctico, es importante tener en cuenta que el sistema aleatorio, a través de sorteos sucesivos, empleado en la formación de las listas del jurado a partir del censo electoral pone en manos de los interesados la alegación de las circunstancias excluyentes. En efecto, y también en los términos de la Exposición de Motivos, “el sistema selectivo se caracteriza: a) por la sucesión de etapas que permitan garantizar la presencia de candidatos en número adecuado para evitar suspensiones en los señalamientos y el anticipado conocimiento por aquéllos de su eventual llamada a intervenir; b) por la transparencia y publicidad del proceso selectivo en que se insertan no sólo los mecanismos que permitan detectar las causas de exclusión, sino las garantías jurisdiccionales tanto para el candidato como, en momento ulterior, para las partes en el juicio; c) por el sorteo a partir de las listas censales como sistema, no sólo democrático en cuanto excluye criterios elitistas ni aún a fuero de científicos, sino coherente con el fundamento mismo de la participación”.

Las circunstancias que depuran las listas de candidatos a jurado son los “requisitos” (artículo 8 de la Ley, cuyo número 1 se refiere a la incapacidad como ya se ha dicho), “incapacidades” (artículo 9 de la Ley), “incompatibilidades” (artículo 10) y “prohibiciones” (artículo 11) y “excusas” (artículo 12). En concreto, el artículo 9 recoge la falta de capacidad para ser jurado de los condenados por delito doloso (n.º 1), los procesados y quienes estuvieren en detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito (n.º 2) y los suspendidos en un procedimiento penal de empleo o cargo público (n.º 3). Téngase en cuenta que, de acuerdo con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (artículos 3 y 31) carecen del derecho de sufragio y, por tanto, están excluidos del censo electoral los que hayan sido condenados penalmente a tales penas accesorias, los que hayan sido declarados judicialmente incapaces, si el



juzgador así lo hubiera acordado y los internados en centros psiquiátricos con autorización judicial y siempre que el juez haya declarado expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio; en estos casos, no figurarían en el censo electoral y por tanto no podrían ser designados en el sorteo de formación de jurados.

Ya en el momento de elaboración de la Ley Orgánica del Jurado se planteó la procedencia de ubicar el actual 8.5 entre las prescripciones del artículo 9 y, finalmente, se decidió separarlos por razones “estéticas”, debido a su heterogeneidad, si bien es verdad que con ello parece darse una importancia tal a la incapacidad que pudiera parecer lesiva de los derechos fundamentales de la persona, cuando en la realidad, salvo las circunstancias que operen a través de la exclusión del censo electoral, carece de relevancia práctica.

Podría pensarse que la incidencia de la capacidad de las personas, en una perspectiva garantista de los derechos de participación no debiera ir más allá de la que operase a través de la incapacitación civil declarada en sede judicial; en ese caso, bastaría con suprimir el actual artículo 8.5, en cuyo caso habría que asegurarse, cuando menos, de que la imposibilidad de depurar las listas de jurados de personas que alegan motivos actualmente amparados en el referido artículo no lesione la eficacia de la institución del jurado.

#### ***h) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.***

Ligada a la igualdad en el acceso a la justicia, que recoge el artículo 13 de la Convención, se encuentra la asistencia jurídica gratuita.

En relación con el beneficio de la justicia gratuita, el informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas considera insuficientes las medidas que se incorporaron a la Ley 1/1996, reguladora de esta materia, por la Ley 16/2005.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se reconoce este derecho a las personas con discapacidad y a las que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés. El reconocimiento se efectúa por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en atención a las circunstancias del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, y superando los límites generales de ingresos de la ley, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

Por razones presupuestarias, tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas que tienen competencia en esta materia, no es posible avanzar más en este terreno hasta reconocer el beneficio sin requisito alguno de ingresos para las personas con discapacidad, si bien hay certeza de que no se dejan de atender en este ámbito las situaciones que lo merecen.



Finalmente, se ha de señalar que la disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

En consecuencia, se considera que en este ámbito de la asistencia jurídica gratuita la Convención no impondría reforma alguna.

### ***i) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.***

La ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (B.O.E. de 21 de abril de 2008) supone aceptar el compromiso de cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes. En este sentido, entre las obligaciones generales que asumen los Estados Partes (artículo 4.1) se contiene la de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención.

En este sentido, respecto a las cuestiones que se plantean en el informe del Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, que coinciden en buena parte con lo que ya se había señalado por CERMI, ya se han valorado en el desarrollo de los trabajos referentes al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal.

Conviene comenzar señalando el carácter amplio de la definición de persona con discapacidad que acoge la Convención, perfectamente coherente con los ambiciosos objetivos de aseguramiento y promoción del pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad que la misma persigue: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el informe se parte de dos principios. En primer lugar, el de que la definición de persona con discapacidad que se recoge en la Convención debe ser considerada con carácter general en todo el Código Penal y eliminarse todo término peyorativo como “incapaz”, “minusválido” o alusiones a “la enfermedad o situación”, que habrían de ser sustituidos en todo caso por los de “personas con discapacidad”. En segundo lugar, que debe “darse idéntica protección penal a la persona con discapacidad que a los menores, por estar ambos incluidos en el ámbito de máxima vulnerabilidad”, de suerte que “toda norma referida a la protección de menores deberá a continuación referirse a las “personas con discapacidad”. Ambas pretensiones exigen de algunas matizaciones.

De una parte, la amplitud de la definición anteriormente reseñada no permite su traslación sin más en todos los supuestos al Código Penal en la medida en que bajo la misma pueden encontrar acogida situaciones cualitativamente muy diferentes en



cuanto, por ejemplo, al desvalimiento, por lo que parece aconsejable acudir en ocasiones, como se verá, a otra terminología. Esto es así porque no toda persona con discapacidad se encuentra en una situación de máxima vulnerabilidad. Así por ejemplo, el concepto de “incapaz” a efectos penales que se recoge en el artículo 25 del Código (“toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”), y que reaparece en los artículos 130, 148, 149, 153, 155, 156, 161, 165, 171, 172, 173, 187, 188, 189, 191, 192, 197, 201, 223, 224, 225, 228, 229, 230, 231, 267, 287, 296, 318bis, 618 y 639, tiene un sentido mucho más restrictivo que el de la definición de la Convención, por lo que no resulta posible su sustitución por dichos términos. No cabe duda de que sería de desear el reemplazo del término “incapaz”, pero ello habrá de hacerse una vez se haya producido la reforma de la legislación civil, material y procesal, al respecto, por cuanto la eliminación del término en este momento daría lugar a importantes disfunciones, en la medida en que se alude en el precepto a un concepto que aparece así en dicha legislación que una vez reformada permitirá dicha sustitución terminológica. Otro ejemplo de esto mismo, aunque en sentido contrario, porque aquí es el Código Penal el que emplea un concepto más amplio, se da en el artículo 180 cuando se habla de que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. No cabe, como se pretende en el informe, sustituir dichos términos por el de persona con discapacidad porque la definición de la Convención exige que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales lo sean a largo plazo, mientras que los casos de enfermedad o situación también engloban situaciones coyunturales o de breve duración de desvalimiento que no entran dentro del concepto de discapacidad. De manera que la expresión “especialmente vulnerables” engloba todos esos casos.

Por otra parte, aunque sí sucederá así en la mayor parte de los casos, y precisamente por esa diferente gradación que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo pueden imponer para la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, no siempre puede equipararse al tratamiento de los menores el de las personas con discapacidad. Dicha equiparación habrá de producirse –y así se recoge en el Código Penal- en los casos en los que nos encontremos, por seguir la terminología del informe, con situaciones de máxima vulnerabilidad.

Estas han sido, por tanto, las líneas de fuerza que vienen presidiendo en este punto los trabajos de reforma del Código Penal. Puede señalarse entonces que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual se contemplan dichas situaciones bajo la rúbrica de “escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima”. Y si se ha mantenido el uso de la expresión “incapaz” lo ha sido por las razones ya expuestas. También en el ámbito de la trata de seres humanos se contemplan las situaciones de discapacidad bajo dicha rúbrica –utilizada en las Decisiones Marco- de “especialmente vulnerables”.

Por otro lado, subsiste en el Código Penal el uso de la expresión minusválido. Sin embargo, a este respecto, la decisión que adoptó el legislador se contiene en la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se establece allí que las referencias que en los textos normativos se efectúan a



«minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad», de manera que así ha de ser, a todos los efectos, en los casos en que aparecen tales expresiones en el Código Penal.

#### ***j) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE ACCESO Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL.***

Como ya se ha apuntado, el artículo 13 de la Convención obliga a los Estados Partes a asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, facilitando el desempeño de las funciones que les correspondan como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales y en las etapas preliminares.

En relación con los efectos sobre los derechos de acceso y participación en el proceso penal, regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), se han de señalar los siguientes.

#### **Capacidad para denunciar y para querellarse.**

El artículo 259 de la LECrim establece que el que presenciase la comisión de un delito público tiene la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez. Si bien el artículo 260 dispensa de esta obligación a los impúberes y a los que no gozasen del pleno uso de su razón.

Por tanto, la ley española no plantea ninguna restricción contraria a la Convención, pues puede denunciar cualquier persona, incluidas las que tienen discapacidad y las incapacitadas, aunque estas últimas no estén obligadas a ello.

En cuanto a la capacidad para presentar una querrela, el artículo 270 reconoce el derecho de todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, a querellarse ejercitando la acción popular e igualmente el artículo 101 establece que la acción penal es pública y pueden ejercitarla todos los españoles de acuerdo con la Ley. Sin embargo, el artículo 102 establece que no puede ejercitar la acción penal, entre otros, el que no gozase de la plenitud de los derechos civiles, salvo cuando el delito o falta que pretende denunciar se haya cometido contra su persona o bienes, o contra las personas o bienes de su cónyuge, o de sus ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

De este modo, los incapaces no pueden ejercitar la acción popular, pero sí pueden ejercitar la acción penal por delitos que les afecten directamente, interponiendo por tanto una querrela privada.

En consecuencia, podría introducirse alguna matización en relación con el derecho a interponer una querrela, limitando la incapacidad para ejercitar la acción popular a aquellos casos en que la sentencia de incapacitación así lo establezca.

Por otro lado, se plantean de nuevo dudas terminológicas, que exigirían una cierta unificación de los términos empleados (“los que no gozasen del pleno uso se su



razón”; “los que no gocen de la plenitud de los derechos civiles”) y una adaptación de los mismos a las exigencias de la Convención.

### **Acceso al proceso penal como imputado.**

En nuestro derecho, determinadas discapacidades intelectuales pueden constituir causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal (artículos 201 y 21.1 del Código penal). De este modo se establece que el que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión al tiempo de cometer la infracción penal, estará exento de responsabilidad criminal.

De acuerdo con esta previsión, el artículo 381 de la LECrim establece que si el juez advirtiese indicios de enajenación mental en el procesado, le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses, y el artículo 382 establece la necesidad de informar al juez acerca de la enajenación mental del procesado.

Pero, más allá de las posibles limitaciones de la responsabilidad penal de determinadas personas con discapacidad, conviene analizar si, una vez imputada, la persona con discapacidad puede o no ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

Los artículos 118 y 520 de la LECrim regulan respectivamente los derechos del imputado y los derechos del imputado-detenido en el proceso penal. La única referencia que en el texto de los mismos se hace al incapacitado figura en el apartado 3 del artículo 520, en el que se establece que en caso de tratarse de un incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido notificará la detención y el lugar de la misma a quienes ejercieran su tutela o guarda de hecho y, si no fueran halladas, al Ministerio Fiscal.

De este modo, puede apreciarse la inexistencia de un impedimento general al acceso de la persona con discapacidad o del incapacitado al proceso, pero tampoco se regulan medidas especiales que faciliten su acceso, contrarrestando las dificultades que para ello puede plantearles su discapacidad.

Por lo que respecta a la declaración del procesado, regulada en los artículos 385 a 409 de la LECrim, tampoco existe ninguna referencia al incapacitado con carácter general, aunque sí se especifica para el caso en que el procesado fuese sordomudo (artículo 398), la posibilidad de adaptar la forma de prestar declaración o incluso de contar con un intérprete.

En definitiva, no existen limitaciones expresas que impidan el acceso de las personas con discapacidad al proceso penal, pero dadas las limitaciones naturales que estas personas pueden tener, resultan escasas las ayudas que se ponen a su disposición. Por ello, conviene prever medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que puedan hacer uso de ellas cuando lo requieran, con el fin de garantizar el pleno disfrute de sus derechos como imputados en el marco del proceso penal.



### **Acceso al proceso penal como testigo.**

Los artículos 410 y siguientes de la LECrim regulan las declaraciones de los testigos, disponiendo que todos los que residan en territorio español que no estén impedidos, tienen la obligación de concurrir al llamamiento del juez para declarar cuando se les haya citado para ello con las formalidades adecuadas. No obstante, el artículo 417.3º reconoce que no pueden ser obligados a declarar como testigos “los incapacitados física o moralmente”.

De este modo, se reconoce el derecho de los incapacitados a declarar como testigos, pero se les excluye de la obligación legal de hacerlo.

Por otra parte, existen en este ámbito ciertas medidas destinadas a favorecer que determinadas personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Así, el artículo 418 establece que en caso de que el testigo estuviese físicamente impedido de acudir al llamamiento judicial, el juez instructor se constituirá en su domicilio y el artículo 442 (y el 711 en la etapa del juicio oral) establecen una serie de medidas para garantizar que los testigos sordomudos puedan prestar adecuadamente su declaración. Por último, en caso de que un testigo temiese su muerte o una incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el artículo 448 permite adelantar la obligación de comparecer para declarar como testigo de nuevo ante el tribunal.

En consecuencia, si bien en este ámbito se regulan algunas medidas de apoyo a determinadas personas con discapacidad, debería igualmente contenerse una cláusula general de apoyo a las personas con discapacidad para el correcto ejercicio de sus derechos como testigos en el proceso penal. Asimismo y en la línea de lo anteriormente propuesto, debe adaptarse la terminología, que en este caso se considera poco apropiada (“incapacitados moralmente”).

### **Acceso al proceso penal como perito**

Finalmente, los artículos 456 y siguientes de la LECrim se ocupan de regular el informe pericial. En este caso no hay ninguna previsión específica relativa a los incapacitados.

Del mismo modo que en los demás casos, podría por tanto añadirse una cláusula general de apoyo al perito en caso de que presente algún tipo de discapacidad que pueda impedirle el pleno ejercicio de sus funciones.

### ***k. EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL.***

El Estatuto del Ministerio Fiscal, en su artículo 3 relativo a las funciones a desempeñar por esta institución, alude a la intervención en los procesos civiles que la ley determine cuando puedan afectar a “personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.



También aquí se contempla una situación de hecho, por lo que el término empleado podría conservarse.

### III CONCLUSIONES

El Grupo de Trabajo Interministerial, creado por Consejo de Ministros de 10 de julio de 2009, a propuesta de la Ministra de Sanidad y Política Social, ha realizado un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad, llegando a las siguientes conclusiones:

- La legislación española es una de las más avanzadas del mundo en reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y está a la cabeza en los países de la UE en esta materia. No obstante se detecta la necesidad de modificar determinadas normas.
- Por razones de operatividad, las materias objeto de estudio se dividieron en dos bloques, en atención a la legislación afectada:
  - El bloque de derecho civil, penal y social.
  - El resto de materias
- El resultado de las distintas reuniones son las siguientes propuestas de reforma normativa:

#### **A. EN MATERIA DE PRINCIPIOS BÁSICOS: AVANCES EN EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD**

El Grupo de Trabajo ha detectado la necesidad de dar una nueva definición, acorde con la Convención, del concepto de persona con discapacidad. La actual definición viene contenida en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, pero se ciñe únicamente al ámbito de aplicación de la referida ley. Se pospone para un estudio posterior la determinación de un nuevo concepto de discapacidad que supere el ámbito de aplicación de dicha ley. Esto afectaría a muchas normas y podría tener repercusiones económicas no previstas, por lo que su análisis ha de ser exhaustivo.

#### **B. EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL**

Se decide proceder a un estudio posterior y separado del resto de materias, sobre la reforma de la *Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal*, en materia de socialización del coste de las obras de accesibilidad en los edificios, toda vez que el propio Presidente del Gobierno anunció el 3 de diciembre de 2009, Día Internacional de la Discapacidad, ante los representantes ministeriales y del propio movimiento asociativo de la discapacidad, que se procedería a su revisión en el plazo de 6 meses, por lo que se consideró oportuno mantener este tema al margen del trabajo de este grupo.



### **C. EN MATERIA DE EDUCACIÓN**

Se emplaza a los Ministerios de Educación y de Sanidad y Política Social a valorar conjuntamente la oportunidad de estudiar una eventual modificación de los preceptos básicos de estas leyes orgánicas a fin de explicitar en los referidos textos que las personas con discapacidad dispongan de medios audiovisuales accesibles que garanticen la igualdad real y efectiva de oportunidades en relación con los demás componentes de la comunidad educativa.

### **D. EN MATERIA DE SANIDAD**

- Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y transplante de órganos.  
La reforma se refiere a la prestación del consentimiento por parte de una persona con discapacidad, en calidad de receptor de un transplante.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.  
Se incluye la discapacidad como nueva causa de no discriminación en su relación con las distintas administraciones públicas sanitarias, destacando el derecho a la información sobre los servicios y sobre los requisitos para su uso, en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, incorporándose, asimismo, la promoción y mejora de los sistemas de detección de discapacidades y de los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.  
Se introducen las medidas de apoyo para favorecer que una persona con discapacidad pueda prestar por sí misma su consentimiento en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.  
La información que reciban los participantes en las técnicas de reproducción asistida (donantes y usuarios) y el consentimiento deben efectuarse en formatos adecuados, que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.
- Real Decreto 1088/2005 de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.  
La reforma tiene por objeto asegurar que la información que reciban los candidatos a donantes de sangre se efectúe en formatos adecuados, de



forma que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

Se modifica la definición de consentimiento informado, añadiendo la posibilidad de prestar el consentimiento de forma oral en presencia de un testigo en casos excepcionales, así como el establecimiento de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que puedan prestar por sí su consentimiento, y si no pueden, por medio de su representante legal.

## **E. EN MATERIA DE PROTECCIÓN CIVIL**

- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio.

La reforma incorpora la elaboración de protocolos de actuación específicos para personas con discapacidad.

- Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil.

Los planes de actuación contemplarán especialidades en materia de discapacidad y gran dependencia.

- Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear.

Se incluyen protocolos de actuación para personas con discapacidad y en situación de gran dependencia.

- Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres.

La reforma incorpora a los programas para cursos de formación las materias dirigidas a garantizar la asistencia a las personas con discapacidad.

## **F. EN MATERIA DE EMPLEO Y FUNCIÓN PÚBLICA**

- *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, en el sentido de aumentar el cupo de reserva al 7 %, en las ofertas de empleo público, de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.



- En el marco de la *Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad*, se ha de promover la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para:
- asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores mediante la contratación directa.
  - evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan a la contratación en el empleo ordinario.

### **G. EN MATERIA DE ESTADÍSTICA**

Los Planes Estadísticos Nacionales deberán incluir las acciones necesarias para el cumplimiento de la Convención.

### **H. EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD**

Se acuerda posponer el estudio de las siguientes reformas normativas, por requerir un análisis más exhaustivo sobre los instrumentos utilizados y sobre sus posibles implicaciones presupuestarias

- *Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones*, en el sentido de incorporar previsiones relativas a la obligación de ofrecer formas de asistencia humanas (ejemplo intérpretes de lengua de signos) o animal (ejemplo: perros guías) para facilitar el acceso a edificios públicos a personas con discapacidad.
- Aumento de porcentaje del cupo de reserva de viviendas de protección oficial aptas para personas con discapacidad que deben programarse, recogido en la *Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos (LISMI)*, actualmente establecido en el 3%.
- Posibilidad de elaborar una guía de buenas prácticas dirigida a las entidades privadas para promover el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios de la sociedad de la información y medios de comunicación social.

### **I. EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

Va a ser necesaria la adecuación de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, proceso que está previsto para este año 2010. En concreto, la citada Ley estará afectada por el artículo 32 de la Convención, que enumera una serie de principios para que la Cooperación Internacional se adecue a los propósitos y objetivos de la Convención.



Aunque la legislación estatal sobre cooperación internacional para el desarrollo no presenta incompatibilidad legal o ideológica con lo estipulado en la Convención, ésta podría mejorarse

- incluyendo la discapacidad de un modo expreso y diferenciado dentro de las prioridades sectoriales recogidas en el Artículo 7 de la Ley 23/1998 y,
- mediante la exigencia expresa a que todos los instrumentos por medio de los cuales se pone en práctica la política española de Cooperación Internacional sean inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad.

## **J. EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL Y PENAL**

### **a) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.**

El artículo 12 de la Convención exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Se ha de constatar que el conjunto de derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas ya forman parte del ordenamiento jurídico español. No obstante, es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido.

Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias.

Con carácter previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en representación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También conviene destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que las facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la



personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio.

Las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de Código Civil, han de incidir en la exigencia de proporcionalidad y adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración. La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar.

Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el marco global de “apoyo” previsto en la Convención para asegurar que existan medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.

## b) EFECTOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE DETERMINADOS ACTOS JURÍDICOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL.

- ▶ *La capacidad para heredar, para testar y para contraer matrimonio.*

En estos casos no resulta necesaria ninguna reforma de la legislación vigente, salvo, en su caso, las adaptaciones terminológicas que pudieran requerirse

- ▶ *La capacidad para tener hijos y ejercer la patria potestad sobre los mismos*

El Código Civil nada establece en relación con el ejercicio de la patria potestad por los incapacitados. Por ello, ante la laguna legal existente en esta materia, resulta pertinente añadir un nuevo artículo en el que se haga referencia a dicho derecho con las limitaciones que se establecen en el artículo 157 para los menores no emancipados.



c) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LAS NORMAS DE CAPACIDAD DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La consideración del artículo 5, a la luz de las disposiciones de la Convención, obligaría a su modificación terminológica, pero también habría de incidirse en la sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad, que habría de pronunciarse sobre este aspecto concreto.

d) IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Las reformas del Código Civil mencionadas en el epígrafe a) del apartado H) de este informe han de quedar reflejadas en la LEC. Particular atención requiere la regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar en cuanto ha de encauzar la actuación procesal de los operadores jurídicos para llegar a una sentencia que

- gradúe las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no puede adoptar decisiones y determinar los actos o categoría de actos que no puede realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia y,
- establezca la figura o medidas de apoyo en la toma de decisiones en las áreas o actos en que lo necesite la persona cuya capacidad de obrar se modifica.

También, deberá estudiarse la oportunidad de introducir previsiones para, cuando el juez considere temporal la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, pueda precisar en la sentencia la duración de la medida de apoyo acordada y someter a revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad.

En la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar deberán subrayarse las siguientes premisas.

- Toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva.
- La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse.
- La inaptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación, habría que ponderar lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; si de esa ponderación resulta que la persona con discapacidad necesita hacer o procurarse algo que no puede hacer o procurarse por sí misma, ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser complementada por la particular figura o la medida de apoyo.

e) LEY DEL REGISTRO CIVIL, LEY HIPOTECARIA, ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL, Y NORMATIVA EN MATERIA DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUÍTA.

No resulta necesaria su modificación.



f) INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA LEY DEL NOTARIADO

El artículo 182, establece que son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura “las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos”.

Este artículo contraviene el espíritu de la Convención, pues pudiera considerarse como una especialidad del acceso a la justicia contemplada en el artículo 13.1 y, además, no responde a la realidad de algunas de las discapacidades mencionadas.

g) REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO EN MATERIA DE CAPACIDAD.

Entre las cuestiones de posible incidencia de la Convención sobre el ordenamiento jurídico español figura el requisito de capacidad que la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su artículo 8.5 establece para ser jurado (“no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado”). Se trata de un precepto genérico e inconcreto, que puede permitir interpretaciones restrictivas.

h) IMPACTO DE LA CONVENCION EN EL CÓDIGO PENAL.

En el informe se establece que la definición de persona con discapacidad que se recoge en la Convención debe ser considerada con carácter general en todo el Código Penal y eliminarse todo término peyorativo como “incapaz”, “minusválido” o alusiones a “la enfermedad o situación”, que habrían de ser sustituidos en todo caso por los de “personas con discapacidad”.

Sin embargo, la amplitud de la definición anteriormente reseñada no permite su traslación sin más en todos los supuestos al Código Penal en la medida en que bajo la misma pueden encontrar acogida situaciones cualitativamente muy diferentes en cuanto, por ejemplo, al desvalimiento, por lo que parece aconsejable acudir en ocasiones a otra terminología.

i) IMPACTO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE ACCESO Y PARTICIPACION EN EL PROCESO PENAL.

- ▶ *Capacidad para denunciar y para querellarse.*
- ▶ *Acceso al proceso penal como imputado.*
- ▶ *Acceso al proceso penal como testigo.*
- ▶ *Acceso al proceso penal como perito*



En general, en estos supuestos la ley española no plantea ninguna restricción contraria a la Convención, sin perjuicio de que pueda preverse un sistema de apoyos que permita el correcto ejercicio de las personas con discapacidad de sus derechos.