

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DISCAPACITADO

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho civil

1. Introducción

El 2003 fue el año europeo del discapacitado y el pasado 2004 lo fue en Iberoamérica¹. Desarrollando el art. 49 de nuestra Constitución², siguiendo la pauta marcada por instrumentos internacionales que afectan a las personas discapacitadas³ y normas comunitarias en el mismo

¹ En la XIII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), en noviembre de 2003, se decidió declarar el 2004 año Iberoamericano de las personas con discapacidad.

² «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

³ Son muy numerosos los instrumentos internacionales que podríamos citar aquí, pero nos limitaremos a los más relevantes. Para consultar un elenco más completo, puede verse, Peña, «Introducción a las Declaraciones, convenios e informes internacionales en materia de minusvalías», en Muñoz Machado y Lorenzo, *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, 1996.

Entre los más relevantes destacan, primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, si bien no menciona en sus preceptos a las personas con discapacidad, se refiere a todos los seres humanos, por lo tanto los artículos relativos a la dignidad, igualdad de derechos, derecho a la vida y a la educación incluyen también a los que sufren algún tipo de discapacidad y, evidentemente, el reconocimiento

sentido⁴, el pasado 2003 ha sido un año en el que se promulgaron en España varias leyes importantes en relación a la protección de los discapacitados, leyes que independientemente de su grado de bondad técnica o incluso, de la forma en que se apliquen, tienen por razón de su mera existencia la virtud nada desdeñable de poner sobre la mesa como temas de actualidad⁵ todos los que atañen a este colectivo⁶.

Hay que aprovechar esta coyuntura para impedir que una vez más todo quede en meras declaraciones de buenas intenciones, o en la creación de nuevas normas que en la práctica sean solamente papel mojado. La discapacidad es una cuestión en la que nos tenemos que implicar todos, por-

de esos derechos supone que si tienen más dificultades que otros para ejercerlos habrán de instrumentarse los medios necesarios para que no resulten discriminados.

Más tarde aparecen las Declaraciones de los derechos del deficiente mental (1971) y de los impedidos (1975). El año 1981 se declaró año internacional de los impedidos. El período de 1983 a 1992 se declaró «Decenio de las naciones Unidas para los Impedidos», en ese lapso de tiempo se aprobó un programa de acción mundial para promover medidas eficaces para la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo de la igualdad.

El 23 de diciembre del año 1993 la ONU aprueba las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación. En diciembre de 2001 se aprobó la elaboración de una Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, proyecto en el que, al parecer, se sigue trabajando en la actualidad.

Hasta ahora todos estos instrumentos internacionales no son jurídicamente obligatorios, aunque sí moral y políticamente. No puede desconocerse que la aceptación de sus postulados ha hecho que los diferentes Estados hayan ido dictando normas de protección para los discapacitados y eso ya supone un avance.

En el ámbito europeo (*vid.* Cardona Llorens, «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en Mariño Menéndez, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001), también ha habido una actividad considerable en este sentido a través del Consejo de Europa y de la UE. Fruto de esta labor puede destacarse la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 y la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para el tratamiento igualitario en el empleo y la ocupación (hay otras Directivas y Reglamentos que afectan a los discapacitados pero se ocupan de temas fiscales). La mencionada Directiva 2000/78 tiene la trascendencia de su carácter de norma comunitaria que determina que los Ordenamientos de los distintos Estados miembros han tenido que adecuar a sus disposiciones las propias normas internas.

⁴ Así, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 2-12-2000).

⁵ Como muestra se puede señalar que existe un breve programa diario en la SER (15 o 20 minutos) que se ocupa de todo tipo de noticias sobre esa cuestión.

⁶ De hecho en un ámbito estrictamente jurídico son varios los trabajos sobre estas cuestiones que se han publicado y otros muchos que próximamente irán apareciendo. Igualmente, se han celebrado ya varias jornadas para aislar y discutir los problemas que se derivan de la protección jurídica de los discapacitados, como estas mismas en las que nos encontramos inmersos.

que a todos nos interesa una sociedad más justa, lo que pasa por tomar en cuenta que las personas con discapacidad son ciudadanos como cualesquiera otros, con sus mismos intereses y necesidades que, en la mayor parte de las ocasiones, encuentran más dificultades que los demás para alcanzar unos y satisfacer las otras.

En el año 1982 se promulgó una norma muy ambiciosa, la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Transcurridos más de veinte años desde entonces, lo cierto es que muchos de sus preceptos no se han cumplido. En la actualidad los poderes públicos han tratado de dar un nuevo impulso a todas aquellas cuestiones que aún están pendientes, incluyendo otras nuevas que se han ido planteando a lo largo de estos años. El medio utilizado ha sido la publicación de un conjunto de normas, entre las que ahora quiero destacar dos: la Ley 41/2003, de 19 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y, aún más, una ley de ámbito nacional⁷, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad⁸ (en adelante LIONDAPD).

En esta última, el artículo 2 enumera los principios que inspiran la Ley, principios que, a su vez, habrán de estar presentes en otras normas de desarrollo:

■ *Vida independiente*

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

■ *Normalización*

Las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, bienes y servicios que están a disposición de cualquiera.

■ *Accesibilidad universal*

La condición que deben cumplir entornos, procesos, bienes, productos y servicios, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad, y de la forma más autónoma y natural posible.

⁷ En un sistema jurídico en el que proliferan un sinnúmero de normas de CCAA supone un buen comienzo el que aunque éstas existan, a la vez haya una Ley de ámbito nacional que garantiza una cierta uniformidad de trato en un tema tan sensible.

⁸ Con mayor detalle sobre el contenido y significado de estas dos normas puede verse, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Díaz Alabart, Hernández Díaz-Ambroja, Álvarez Moreno y Represa Polo, coeditado por Ibermutuamur y Associació Catalana Nabiu, Madrid, 2004.

■ *Diseño para todos*

Lo presupone la accesibilidad universal, y es la actividad por la que se concibe o proyecta entornos, procesos, bienes, servicios o herramientas de tal forma que puedan ser utilizadas por la mayor cantidad posible de personas.

■ *Diálogo civil*

La participación en los términos que marquen las normas de las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias en todos los aspectos de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

■ *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*

Supone que las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas en materia de discapacidad no se limiten a planes o programas pensados exclusivamente para estas personas, sino que se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad en todas las políticas y líneas de acción general.

Todos estos denominados «principios» carecen de individualidad absoluta, en cuanto entramos en ellos comprobamos que se entremezclan constantemente. El diseño para todos está estrechamente unido a la accesibilidad universal y ésta a la normalización, sin todas ellas difícilmente podrá haber vida independiente, y para lograr hacer realidad todo lo anterior es indispensable el diálogo civil y la transversalidad de las políticas sobre discapacidad.

En realidad, no se trata de principios sino de líneas de actuación para lograr lo que sí es un principio que engloba todas esas líneas y que se menciona en otro precepto de la LIONDAP (el art. 3): el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación⁹.

Algún autor¹⁰ menciona también como principio el de la consolidación de los avances históricos respecto de los derechos sociales reconocidos a los discapacitados. La idea que subyace es que en algún momento se puedan promulgar nuevas normas que eliminen o limiten el contenido de prestaciones de carácter social sin que se sustituyan por una política social distinta, si es que para el Estado resulta demasiado gravoso de mantener, considerando la situación económica del momento. Desde luego es difícil aceptar algo así, de una parte porque se incide en derechos cons-

⁹ Para lograr la realidad de dicho principio hay que acometer todas esas líneas de actuación que se enumeran en la Ley.

¹⁰ LORENZO Y DUARTE, «Minusvalías y acción social», en Muñoz Machado y otros, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, 1997, págs. 645-646.

titucionales y, de otra, porque los derechos sociales reconocidos a los discapacitados no solamente recaen en el Estado, sino en otros sujetos.

En la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, una norma que tiene un ámbito objetivo mucho más restringido y concreto¹¹ que la LIONDAP, no se mencionan cuales son los principios que la informan, si bien en su Exposición de Motivos (I) se hace referencia a la igualdad de oportunidades. Ahora bien, del estudio de su articulado entiendo que puede colegirse la existencia de un principio de «interés superior» del discapacitado, o al menos de algunos tipos de discapacitados, principio paralelo¹² al del «interés superior del menor»¹³. Así se entienden los cambios que esta norma ha llevado a cabo en el ámbito del derecho de sucesiones, en los que hace prevalecer el interés de los discapacitados, frente al interés legítimo de sus colegitimarios, como, por ejemplo, sucede con la posibilidad de que se constituya un fideicomiso sobre el tercio de legítima estricta siendo el fiduciario el discapacitado¹⁴, o con la facultad de legarle o donarle un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, sin que éste sea computable para el cálculo de las legítimas¹⁵.

2. Los principios que inspiran la legislación sobre discapacitados y reflexiones sobre alguno de ellos

Aunque en puridad no se pueda –como hemos visto ya– conceptualizar como verdaderos principios a todos los enumerados, el entrar con algún detalle en lo que significan puede resultar útil para ofrecernos una visión amplia de cómo se instrumenta en nuestro sistema jurídico la protección de los discapacitados.

2.1. Vida independiente

Probablemente, la primera condición para una vida independiente es el contar con los medios económicos para ello. El que una persona sufra

¹¹ Además la LPPD, en lo que respecta a las modificaciones del derecho de sucesiones, afecta únicamente al CC.

¹² En el propio CC, en distintos preceptos, aparece evidente ese paralelismo entre la protección de menores y discapacitados, dos colectivos especialmente necesitados de protección. En este sentido, arts. 216 y 224 CC.

¹³ Principio introducido expresamente en nuestra legislación a través de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. En el art. 2 de la misma se dice que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

¹⁴ Que en este caso tendrá que haber sido incapacitado.

¹⁵ Para poder hacer este legado o donación a favor del discapacitado, éste habrá de ser legitimario del causante.

algún tipo de discapacidad no le impide el desarrollo de todo tipo de trabajo, bien porque la merma en sus capacidades no afecta al desempeño del trabajo a realizar, bien porque con los medios técnicos adecuados se pueden salvar las dificultades que podría acarrear la discapacidad.

Tres son las formas en que puede abordarse la dotación de medios económicos para el discapacitado, de forma individual o conjunta:

La primera y que podríamos llamar más tradicional es el recurso a las pensiones o subsidios¹⁶. Aunque no sea lo más deseable hay que reconocer que en algunos casos es la única solución posible y en otros es indispensable como coadyuvante de otros sistemas.

La segunda sería la inserción laboral del discapacitado. Sin duda, esta ofrece muchas ventajas, pues la entrada del discapacitado en un puesto de trabajo además de darle medios económicos para subvenir (total o parcialmente sus necesidades) supone un paso importantísimo para su inserción social y un alivio para sus familiares, pues el tener algún grado de autosuficiencia es garantía de una vida mejor y además es un apoyo para su propia autoestima. Obviamente esta inserción laboral puede ir acompañada de algún tipo de subsidios cuando sea preciso.

La tercera vía para la vida independiente del discapacitado se puede alcanzar a través de que sus familiares o personas cercanas les aporten los medios para ello, bien con la creación de un patrimonio propio (separado o no), bien celebrando un contrato de alimentos o de renta vitalicia a favor del discapacitado. Este sistema no excluye la inserción laboral, ni –en su caso¹⁷–, la existencia de algún tipo de subsidio.

Evidentemente las medidas fiscales que favorezcan de una u otra forma¹⁸ a los discapacitados colaboran eficazmente a que éste obtenga los medios económicos que precise.

No es este el lugar ni el momento adecuado para hablar de los subsidios, y en cuanto a la creación y funcionamiento del patrimonio protegido del discapacitado o del contrato de alimentos son temas¹⁹ cuyo tratamiento queda fuera del ámbito de estas líneas. Lo que veremos ahora

¹⁶ A ellos se refiere el Título V de la Ley, de 7 de abril de 1982, de Integración Social de los Minusválidos y otras normas posteriores.

¹⁷ Cuando ese patrimonio o, incluso, patrimonio y trabajo no sean suficientes para cubrir las necesidades del discapacitado.

¹⁸ El discapacitado se beneficiará tanto de las ventajas fiscales que afecten directamente a su patrimonio como de los que se dispensen a las personas que aportan bienes para éste a título gratuito, pues no cabe duda de que funcionarán como incentivo para realizar dichas aportaciones.

¹⁹ Con respecto a ellos puede verse el trabajo ya mencionado en la nota 8, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, y respecto del contrato de alimentos, Gómez Laplaza, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», *RDP*, marzo-abril 2004, págs. 153-173.

serán algunas cuestiones en relación con el trabajo y los discapacitados, sin que ello implique entrar a fondo en ellas.

Nos interesa aquí la cuestión del trabajo de las personas con discapacidad tanto desde el punto de vista del acceso de los discapacitados a un puesto de trabajo digno como el de que exista alguna flexibilidad laboral²⁰ para las personas que tienen a su cargo un discapacitado que necesita de su atención²¹.

En cuanto a su acceso a un puesto de trabajo, ya en su día la LISMI (art. 38) instauró la obligación de las empresas públicas y de las privadas a contar con un número de trabajadores fijos que supere los 50 y de emplear un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2%.

Sobre lo que ha supuesto hasta ahora la aplicación práctica de esa normativa es indicativo lo que se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de los Discapacitados. En ella, después de motejar de desalentador el panorama al respecto, se declara que, aun existiendo un mandato legal explícito y claro en la Ley de la Función Pública²², la realidad es el lamentable incumplimiento del mismo.

Ciertamente, podemos achacar ese fracaso a la falta de sensibilidad tanto de la Administración como del sector empresarial, pero aunque en ello exista cierta dosis de verdad, sería demasiado sencillo dejarlo ahí sin más. Hay que plantearse los medios a utilizar para favorecer la integración. Me referiré a tres en concreto:

1) La formación de las personas con discapacidad para poder desempeñar un trabajo correctamente. Formación que en ocasiones será la inicial y en otros casos en que la discapacidad se deba a un accidente o a una enfermedad sobrevenidas cualquiera de ellas ya en la edad adulta, obligarán a reconvertir la que en origen tenía el discapacitado. En la actualidad, hay entidades privadas que tienen ya una buena experiencia en la gestión de los llamados «talleres de empleo» para dar nueva formación a las personas con discapacidad (en particular física), que muchas veces gra-

²⁰ El TSJ de Galicia en su sentencia de 14-5-98 se ocupó de la reducción de la jornada laboral de un funcionario guardador de un menor discapacitado, reducción que según el art. 70.1.f de la Ley 4/98, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, puede ser de un tercio o incluso de media jornada.

²¹ En esta línea la LIONDAP (disposiciones adicionales 1ª y 2ª) modifica el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ambas permiten períodos de excedencia (que no excedan de un año) para atender el cuidado de familiares que por distintas razones, entre las que destaca la discapacidad, no puedan valerse por sí mismos.

²² La Ley 23/1988, de 28 de julio, de la Función Pública dispone que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por ciento de las vacantes para ser cubierta entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%.

cias a ellas pueden encontrar nuevo trabajo²³, tanto dentro de los propios talleres como en cualquier empresa del sector.

2) La adecuación del entorno de trabajo a las características de las personas que han de desempeñarlo. Lo que se puede lograr entre otras formas²⁴ con obras o con instalación de mecanismos electrónicos que propicien dicha adecuación, o simplemente haciendo las adaptaciones necesarias a las herramientas de trabajo. Actuación ésta que entraría de lleno en otros de los principios enumerados por la LIONDAP, la accesibilidad, el diseño para todos y la normalización.

3) Por último, hay que señalar que para un sector de discapitados (en particular los psíquicos) no basta con dar una formación que podríamos llamar profesional. Son personas que tienen dificultades especiales, pues carecen o tienen limitadas ciertas habilidades sociales. Además de tener la preparación adecuada para el trabajo que vayan a realizar, precisan que se les apoye en su inserción personal en el centro de trabajo. En este sentido, en algunas asociaciones que se preocupan de las personas con discapacidad se ha trabajado con un sistema en el que además de formar al trabajador discapacitado, también se procura una formación especial para los trabajadores que estén dispuestos a realizar esa labor de apoyo en el centro de trabajo, son los llamados tutores naturales que podría decirse que se ocupan de que la relación de trabajo se desarrolle sin problemas. La asociación, mientras tanto, no se desentiende ni del trabajador discapacitado ni de su tutor natural ofreciendo permanentemente asesoramiento y ayuda²⁵.

Los resultados obtenidos con este sistema son magníficos, lo que indica que el camino emprendido es el correcto.

Otro tema muy importante y directamente relacionado con la vida independiente es la de la guarda de los discapacitados que necesiten de

²³ Así, una de las grandes mutuas de accidentes de trabajo, IBERMUTUAMUR, lleva varios años gestionando este tipo de talleres, entre los que se encuentra una imprenta y especialidades muy ligadas con las nuevas tecnologías, como son el diseño de páginas web y el telemarketing. Otra de las entidades que trabaja en este campo es la fundación PAIDEIA creadora, entre otras actividades, de la empresa Trébore dedicada a jardinería y viveros.

²⁴ Otra posibilidad en casos de minusvalías menores o medias podría ser la simple adaptación de la prestación laboral a la discapacidad, buscando que lleve a cabo alguna labor que no se vea afectada por su discapacidad. En este sentido hay varias sentencias (recogidas por Peña López, *Jurisprudencia sobre personas con discapacidad, constitucional, civil, penal, administrativa, social*, Fundación Paideia, 2003), que se ocupan de esta concreta cuestión, así, la STSJ de Galicia de 14-4-1998 y 14-7-2000 y la STSJ de Navarra de 20-10-1995.

²⁵ Un ejemplo de esta actuación es la que viene llevando a cabo desde hace tiempo (1997) la Asociación Catalana Nabiu, para la integración laboral de las personas con inteligencia límite o *borderline* en las Administraciones Públicas.

ella, que obviamente no son todos sino un sector de éstos, pero probablemente se trata precisamente del sector que más necesidad tiene de apoyo²⁶.

Aunque a primera vista pueda parecer un sin sentido el que, hablando de vida independiente, se entre en instituciones de guarda, no es así. El principio de vida independiente ha de compaginarse con la protección que precise la persona con discapacidad. En muchas ocasiones eso pasa porque tenga algún tipo de guardador, dependiendo de las necesidades que en cada persona determine su tipo y grado de discapacidad. En nuestro ordenamiento jurídico aparecen figuras tradicionales como la tutela o la curatela y junto a ellas la nueva autotutela²⁷. Hoy que ya es posible en ciertas circunstancias poder diagnosticar en sus primeros estadios enfermedades cuya evolución normal dejará a quien la padece sin poder gobernarse por sí mismo, es muy razonable dar cobertura jurídica a las disposiciones que con sus facultades mentales completas tome el interesado para cuando llegue el caso. Una de las primordiales será el designar a la persona que se desea que desempeñe la propia guarda²⁸.

Ciertamente, estas figuras pueden resolver muchas situaciones, en particular, la tutela (ya sea la deferida por vía ordinaria, o bien la dispuesta por el propio discapacitado cuando gozaba de capacidad para hacerlo) puesto que permite una grandísima flexibilidad en cuanto a la actuación del tutor, quien, cuando así se disponga en la sentencia de incapacitación, podrá en ciertos casos actuar en representación del discapacitado, en otros actuar a modo de curador, esto es, prestando su asentimiento a actuaciones del discapacitado y dejar que éste actúe por sí sólo en el ámbito en que pueda hacerlo sin riesgo de sufrir perjuicios²⁹. En mi opinión, aunque las herramientas precisas, esto es, las figuras de guarda contempladas en nuestro sistema jurídico, están ahí, aún no se les ha sacado todo el partido posible. Probablemente porque, aún cuando la guarda de quien no puede gobernarse por sí mismo, total o parcialmente, ha de adecuarse totalmente a sus necesidades, lo cierto es que las sentencias de incapacitación

²⁶ Dentro de los discapacitados también hay grupos que sufren una mayor marginación que otros. Así, si a la condición de discapacitado se le suma el ser menor, mujer o perteneciente a una minoría étnica.

²⁷ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa Tributaria con esta finalidad, introduce la figura de la autotutela –que ya existía en el Código de Familia Catalán– en nuestro Cc (art. 223 CC).

²⁸ O simplemente señalar a qué persona se quiere excluir en cualquier caso de esa función.

²⁹ El art. 233 CC dice que: «El juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado...».

tación rara vez (por no decir nunca) se ocupan de establecer un régimen personalizado al detalle³⁰.

Pero en relación con las figuras de guarda se nos presenta siempre un aparente escollo: la necesidad de un previo procedimiento de incapacitación. En la mayor parte de los casos los familiares o allegados de las personas con discapacidad lo ven con prevención y desagrado, e incluso por evitarlo nos encontramos en bastantes ocasiones con situaciones de puro hecho en lugar de con guardas legales. Aunque ciertamente se podría reconsiderar todo lo referente al procedimiento de incapacitación, por ver si en algún extremo es posible retocarlo de modo que resulte menos traumático para los discapacitados y sus familiares, no es posible eliminarlo. Presumiéndose, como corresponde, que las personas mayores de edad tienen plena capacidad de obrar, cualquier restricción legal de la misma no puede efectuarse sin que existan las máximas garantías de que tal restricción sólo se producirá cuando sea necesario y ello vaya a redundar en beneficio del discapacitado que no pueda gobernarse por sí mismo. Tal garantía difícilmente podrá existir si no hay un proceso judicial con la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. Así, precisamente, ha de verse el procedimiento de incapacitación, como una garantía para la persona discapacitada que lo precise de que no se le va a mermar gratuitamente su capacidad, y que si es preciso hacerlo no se hará en mayor medida de la que estrictamente le convenga. Y además, no olvidemos que la constitución de una institución de guarda se acompaña de un control judicial de su desarrollo, también pensado como garantía de su correcto funcionamiento³¹.

Pero el caso es que posiblemente las instituciones de guarda existentes en la actualidad no cubran todas las situaciones posibles y sea conveniente plantearse *de lege ferenda* si no sería necesario el incluir una nueva figura que resolviera casos a los que no llegan las actuales o al menos no encajan en ellos tan bien como sería deseable. En este orden de cosas podría ser un buen punto de partida la regulación del Código civil alemán (BGB)³² en su Libro IV, Título II, en el que se regula la «asistencia» para los mayores de edad que no puedan valerse por sí mismos, bien en parte, bien en absoluto (parágrafos 1896 a 1908-i), con una perspectiva más actual que la de la normativa española.

³⁰ Un estudio completo sobre la jurisprudencia sobre discapacidad, es *Jurisprudencia sobre personas con discapacidad*, 2003, que patrocinado por la Fundación Paideia Galiza, ha realizado el Prof. Dr. de la Universidad de La Coruña D. Fernando Peña López.

³¹ Obviamente todas estas cautelas no se disponen por que exista una desconfianza frente a los familiares u otras personas que se ocupen del discapacitado que necesite de guarda, sino porque con ello se evita que exista siquiera la posibilidad de abusos.

En recientes estudios médico-psicológicos³³ se ha advertido que algunas personas discapacitadas no necesitan para poder gobernarse por sí mismas sino lo que se ha dado en llamar un apoyo intermitente, porque su discapacidad les permite llevar a cabo por sí solos la mayor parte de las actuaciones de la vida diaria, aunque puedan necesitar una cierta supervisión en momentos y aspectos concretos, supervisión que no siempre tiene que tener un contenido económico. Para estos casos puede ser que el someterlos a un procedimiento de incapacitación sea excesivamente traumático, aunque ello no puede significar eliminar unas garantías irrenunciables.

La propuesta que lanzo, obviamente necesitada de un estudio previo minucioso y –en su caso– desarrollo, sería establecer una nueva figura de guarda³⁴ a desempeñar por una persona física o jurídica³⁵ (como sucede con la tutela) para personas con discapacidad en grado leve³⁶. La discapacidad a la que me refiero y su grado se podría acreditar simplemente con un examen médico-psicológico del discapacitado que valore sus circunstancias, pero ello por sí sólo no podría justificar que se impusieran restricciones de capacidad a alguien. Así pues, habría de acompañarse del consentimiento expreso del discapacitado³⁷ para la constitución de dicha figura y la aceptación para su desempeño del familiar o allegado que sea o –en su caso–, de la institución que fuera. Las funciones de este guardador estarían delimitadas previamente en razón de la patología que presentara el discapacitado³⁸, pero en ningún caso podría actuar por éste.

³² Eiranova Encinas, *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

³³ Ver la revista del INSERSO que se ocupa de estas cuestiones.

³⁴ Con la legislación vigente en la mano no es posible privar, en cualquier grado de su capacidad, de obrar a nadie si no es mediando un procedimiento de incapacitación previo, y las medidas que puede tomar el propio discapacitado en ese sentido han de tomarse mientras tiene plena capacidad de obrar.

³⁵ Esas funciones pueden desempeñarse por familiares o allegados, en algunos casos por profesionales o por personas jurídicas que tengan entre sus fines el cuidado o protección de los diversos tipos de discapacitados.

³⁶ Para un grado más alto ya están las figuras que actualmente recoge nuestro Derecho en las que no es posible eliminar la previa incapacitación.

³⁷ El consentimiento del interesado (siempre con la capacidad suficiente para comprender y aceptar) es lo que permite ese grado siquiera leve de intervención de una persona en la vida del discapacitado. En el BGB, parágrafo 1896, se dice que la petición de que le sea nombrado un asistente puede presentarla incluso un incapaz para obrar.

³⁸ Así, por ejemplo, ocuparse de que la persona con discapacidad siga el tratamiento médico o los controles de su estado que más le convengan, que pueda ejercer algún tipo de supervisión, por ejemplo, por como administra sus bienes, respecto del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, etc.

Tampoco excluyo que pueda instrumentarse algún tipo de control³⁹ siquiera sea mucho mas leve que en la tutela.

2.2. Accesibilidad universal, normalización y diseño para todos

En la LIONDAP se define la accesibilidad universal, como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables para todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. La misma Ley señala que este principio presupone el de diseño para todos. Y aunque no lo diga expresamente se confunde con el de normalización, principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. A ello hay que añadir que para alcanzar estos fines es necesario realizar una inversión pública y privada importante en actividades de investigación. Inversión que redundará no solamente en provecho de nuestra sociedad, sino que puede suponer una inversión económica de futuro, pues si se consigue una tecnología de buen nivel resultará altamente rentable su exportación para que se explote también en el ámbito internacional. En el art. 14 de la LIONDAP se dispone expresamente que las Administraciones Públicas promoverán la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad.

Para que exista una real igualdad de oportunidades para todos es inexcusable que los medios para lograrla estén también al alcance de todos. Unas veces se habrá de hacer adecuando o adaptando los diseños para todas las personas, lo que no tiene porqué presentar especiales dificultades. Así, por ejemplo, en los transportes públicos terrestres el diseño que evite que para acceder a ellos existan desniveles excesivos para personas con problemas de movilidad, ya sean discapacitados sin más o personas de edad avanzada. Otras veces una información exhaustiva sobre el entorno que sea orientada a los discapacitados puede ser una buena herramienta que facilite el acceso al mismo⁴⁰.

³⁹ Aún no tengo claro quien podría encargarse de dicho control, pues posiblemente el designar al juez sería cargar demasiado sobre él, pues en la práctica no tendría posibilidad de encargarse de llevarlo a cabo correctamente. Una alternativa sería la de que se ocuparan las asociaciones de familiares de personas discapacitadas en colaboración con las Administraciones Públicas.

⁴⁰ En este sentido podemos situar la edición por parte de algunas entidades de guías de servicios para discapacitados dentro de cada una de nuestras CCAA, o una guía para que minusválidos puedan seguir el Camino de Santiago.

Posiblemente, una forma de incentivar al sector privado a que su actividad comercial sea accesible para todos pasa por ofrecer algún tipo de ventajas, que tanto pueden ser publicitarias, como fiscales. Sin incentivos, los mayores costes que puede suponer la accesibilidad pueden dificultar que se impliquen de verdad en esa tarea.

No me referiré aquí a cuestiones de accesibilidad en relación con la vivienda, pero sí, por ejemplo, a la obligación que establece la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (Disp. adicional quinta)⁴¹ para que las Administraciones Públicas adopten las medidas, en un plazo que acaba el 31 de diciembre del 2005, para que se den unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social. En una sociedad como la nuestra se va haciendo cada vez más necesario el acceder a todas las nuevas formas de información y comunicación, que si son útiles para personas que no tengan discapacidades, se hacen esenciales para los discapacitados; el no acercarlos a esas tecnologías, *de facto* supone aislarles. De hecho, existe ya alguna entidad privada en la que se está trabajando sobre la accesibilidad de la información contenida en páginas web.

2.3. Igualdad de oportunidades y no discriminación

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ya se ocupaba de la discriminación por diversas causas entre las que se incluía la discapacidad⁴², y muchas de sus directrices⁴³ han tenido su reflejo en los preceptos de la LIONDAP. En ellos se dice que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzca cualquier tipo de discriminación, así como por el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

⁴¹ «1. Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada, de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos, antes del 31 de diciembre de 2005. Asimismo, podrán exigir que las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados. 2. Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y *software*, para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales».

⁴² En la Directiva se menciona la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

⁴³ La Directiva había de transponerse al ordenamiento español a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

En la Ley se arbitran una serie de medidas de fomento⁴⁴ y defensa⁴⁵ contra la discriminación entre las que podemos destacar aquí alguna de las que suponen mayor novedad.

La indemnización o reparación por no respetar ese derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación⁴⁶ establece que no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*.

Cuando no es raro que las normas especiales excluyan indemnizaciones por daño que no tenga un contenido puramente económico, se menciona expresamente la indemnización por daño moral, señalando (art. 18.2 de la LIONDAP) que procederá aún cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Si el acceso a la justicia de todos los ciudadanos ha de ser una de las preocupaciones de los poderes públicos, la cuestión debe tener absoluta prioridad cuando afecta a colectivos especialmente necesitados de protección. Para favorecer dicho acceso a las personas con discapacidad en el art. 17 de la LIONDAP se encarga al Gobierno el establecimiento de un arbitraje especial⁴⁷ para el que se aportan las características esenciales. El precepto⁴⁸ dibuja un arbitraje que parece seguir el esquema del de consumo⁴⁹ ya plenamente introducido en nuestro país. Así, antes de promulgar su regulación se exige al Gobierno consulta previa a los sectores

⁴⁴ Medidas de sensibilidad y formación para fomentar la calidad, y de innovación y desarrollo de normas técnicas.

⁴⁵ Arbitraje, tutela judicial y protección contra represalias.

⁴⁶ La mencionada Directiva con respecto a la transgresión del derecho a la no discriminación, dice (art. 17) que las sanciones que para ello establezcan las leyes de los países miembros «han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

⁴⁷ La disposición final décimo tercera fija un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LIONDAP para la instauración del nuevo arbitraje especial.

⁴⁸ «1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias» (art. 17 de la LIONDAP).

⁴⁹ De hecho el texto del art. 17, salvando la mención de discapacitados y sus familiares en lugar de consumidores y asociaciones de éstos es prácticamente igual a la redacción original (pues la vigente tiene un nuevo apartado añadido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) del art. 31 de la LGDCU.

interesados y a las asociaciones de discapacitados y sus familias. Se dispone que será un procedimiento sin formalidades especiales, unidireccional puesto que solamente resolverá sobre las quejas de los discapacitados. Éstas han de recaer sobre igualdad de oportunidades y no discriminación y las resoluciones serán vinculantes y ejecutivas. Como es regla en los arbitrajes el someterse al mismo será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados, organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones Públicas.

Si bien las semejanzas tan marcadas con el arbitraje de consumo hace que se pueda pensar que también el desarrollo de los discapacitados ocurrirá en paralelo al que ha tenido el de consumo, sin embargo existen algunas diferencias importantes entre uno y otro que habrán de tomarse en consideración al regularlo. Lo primero es que si bien en relación con los consumidores es fácil determinar quienes se integran en la expresión «sectores interesados» puesto que sabemos que las reclamaciones han de referirse al consumo de bienes o servicios; los comerciantes o empresarios y desde luego las Administraciones Públicas en cuanto que prestan servicios a los consumidores, no ocurre lo mismo en relación con los discapacitados. Ciertamente los discapacitados consumen como cualquier otro productos y servicios, son consumidores, pero, por ello, precisamente, sus quejas como tales se resolverán en el arbitraje de consumo, con la única posible excepción de que en tales relaciones de consumo se pueda dar cualquier tipo de discriminación o no se respete el principio de igualdad de oportunidades, pues ahí sí que sería posible acudir al arbitraje especial de discapacitados. Sin embargo, como regla, son otros los ámbitos en los que podrán surgir las reclamaciones de los discapacitados. Así, en todo lo relacionado con el trabajo de los discapacitados, esa discriminación puede presentarse tanto respecto a su acceso a un puesto de trabajo, como respecto del desempeño del mismo. Igualmente en lo que respecta a la vivienda o centro de trabajo de las personas con discapacidad en relación con la accesibilidad de los elementos comunes de una u otro. La obligación de realizar obras con ese fin e incluso de costearlas (dentro de unas cuantías limitadas), se impone a las comunidades de propietarios⁵⁰ sujetas a la Ley de Propiedad Horizontal⁵¹, como ahí se podrían plantear

⁵⁰ La obligación de costear las obras de accesibilidad necesarias aparece únicamente respecto de los inmuebles sujetos a propiedad horizontal, otros modelos de copropiedad no dicen nada de eso (*vid.* la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad).

⁵¹ Norma cuyo art. 10 ha sido modificado en este sentido por la LIONDAP.

litigios deberían considerarse a dichas comunidades sectores interesados pero no se ve muy bien como pueden ser oídas previamente a la regulación del arbitraje, ni tampoco como van a estar representadas en los órganos arbitrales que se creen.

La propia LIONDAP prevé que las solicitudes por parte del discapacitado para que se lleve a cabo un ajuste razonable de su entorno cuando quien esté en cada caso obligado a llevarlas a cabo considere que no son pertinentes podrán someterse al arbitraje especial previsto en ella.

Entre las medidas concretas contra la discriminación contempladas en leyes especiales podemos señalar, dentro de la Ley de Servicios de la Sociedad de la información (art. 8) que los órganos competentes para su protección⁵², en ejercicio de las funciones legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de este tipo de servicios cuando esos mismos atenten contra una serie de principios, entre los que se encuentra el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por diversos motivos, entre los que se menciona la discapacidad.

2.4. Diálogo civil

Pese a que los poderes públicos procuran la protección de los discapacitados, no es menos cierto que quienes se ocupan en mayor medida de esa protección y cuidado, y también el mayor sacrificio económico, son los familiares y allegados⁵³ de las personas con discapacidad (otras veces los propios discapacitados). Frecuentemente han sido sus iniciativas⁵⁴ y su esfuerzo los que han hecho avanzar en la práctica la legislación que se ocupa de este colectivo. Es indudable que son ellos quienes mejor conocen los problemas y necesidades de las personas con discapacidad. Por ello es esencial que participen en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, correspondiendo a las Administraciones Públicas asegurar tanto que dicha participación sea real y efectiva en todos los aspectos. Dicha participación se ha concretado recientemente en el RD 177/2004, de 30 de enero, por el que se determinan la composición⁵⁵,

⁵² Esta mención tan genérica de quien sea el legitimado para tomar las medidas restrictivas puede, en ocasiones, restar eficacia a lo preceptuado, por no existir un órgano concreto que tenga competencias de actuación directa.

⁵³ La mayor parte de las veces a través de asociaciones o fundaciones.

⁵⁴ Con ellas se intenta hacer conocer las características de los distintos tipos de discapacidad a través de estudios técnicos, así como la mejor manera de paliar sus carencias.

⁵⁵ La Comisión estará integrada por un presidente, dos vicepresidentes, once vocales y un secretario. Uno de los vicepresidentes será una persona designada por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de la asociación de utilidad pública

funcionamiento⁵⁶ y funciones de la comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que se ocupará fundamentalmente de supervisar la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Del mismo modo, habrá de contarse con ellos para la instauración del procedimiento arbitral especial al que antes me he referido, y para todo tipo de actuaciones.

2.5. Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad

Esta es una línea de actuación esencial pues si las acciones que desarrollan las Administraciones Públicas se limitan a establecer planes, programas o acciones pensados exclusivamente para las personas con algún tipo de discapacidad, todas las medidas que se tomen resultarán insuficientes puesto que siempre quedarán sectores o aspectos no contemplados. La transversalidad, en cambio, sin impedir que pueda haber programas o acciones pensados en exclusiva para este colectivo, implica que las políticas y líneas de acción general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, se tengan en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad. De este modo se consigue la efectiva igualdad de oportunidades. Así, si la Administración prepara un programa para acercar sus servicios a los ciudadanos a través de una información completa, esa información habrá de plantearse de forma que sea accesible con facilidad a todos los ciudadanos discapacitados o no.

De lo visto hasta ahora podemos concluir que las líneas de actuación para una integración social real de las personas con discapacidad están ya listas, ahora queda hacerlas efectivas por parte de los Poderes Públicos y de los ciudadanos en general, que han de colaborar plenamente en su ejecución, pero también en exigir a dichos poderes públicos el desarrollo y cumplimiento de las leyes al respecto.

No sirve de mucho legislar imponiendo la eliminación de barreras arquitectónicas en los edificios si, por ejemplo, cuando se solicita la licencia de apertura de un local destinado a consulta médica⁵⁷ o para un centro de ocio, se concede dicha licencia sin comprobar previamente que no existen tales barreras.

más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad. Además habrá cinco vocales en representación del sector asociativo.

⁵⁶ La efectividad de un órgano viene dada por los medios que se le asignan para conseguir sus propósitos, la comisión de protección patrimonial, según consta en la disposición adicional única del RD 177/2004, será atendida en su funcionamiento por la Secretaría General de Asuntos Sociales, que lo hará con sus medios personales y materiales.

⁵⁷ La sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 5-6-99 (RJCA 1999/1943) exige que para la apertura de un local destinado a clínica dental, aunque se haya obtenido

Recientemente⁵⁸ desde el Gobierno se han anunciado un paquete de medidas para promover la integración laboral de las personas con discapacidad, entre las que destacan: el destinar a esa cuestión una importante cantidad de dinero⁵⁹ que facilitará incrementar al 5% el número de plazas de empleo público reservadas a las personas con discapacidad, incremento en las ayudas destinadas a este colectivo, presentar un Libro Blanco sobre la Dependencia y también presentar en el Parlamento un Proyecto de Ley para la Atención de Personas Dependientes y Discapacitadas. Evidentemente el Derecho puede, y debe ser, un instrumento efectivo en la igualdad de oportunidades y no discriminación en todos los campos, pero especialmente en el de la discapacidad.

Ya he dicho al comienzo de este trabajo que la protección de los discapacitados es un tema que afecta a todos y no se trata de una aseveración *pro forma*. En nuestros días en que las expectativas de vida han crecido tanto, la calidad de vida en su etapa final se resiente, y ya en ciertas normas⁶⁰ se equipara a discapacitados con las personas que superen los 70 años. Por tanto, igual que es cierta la célebre frase del presidente Kennedy: «todos somos consumidores», lo es igualmente que «todos tendremos algún tipo de discapacidad», siempre que vivamos lo suficiente para ello.

Así, pues, si hay alguien que todavía no ha comprendido que la igualdad de oportunidades y la no discriminación ha de ser realmente para todos, para los que necesitan de asistencia tanto como para los que no la precisan, creo que el anterior puede ser argumento suficiente para que, siquiera egoístamente, piense en la conveniencia de implicarse a fondo en esa protección. 

licencia para abrir otro local con anterioridad, éste se encuentre adaptado para el acceso de minusválidos. En otros casos, es la propia Administración quien ha incumplido las normas referentes a eliminación de barreras arquitectónicas, así la STS (Sala 3ª) de 18-7-87.

⁵⁸ Con motivo del Congreso conmemorativo sobre el Año Iberoamericano de las personas con discapacidad, celebrado en León, el 25 de octubre pasado, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, el Sr. Caldera hizo el mencionado anuncio.

⁵⁹ Doscientos quince millones de euros.

⁶⁰ En particular, en relación con la accesibilidad.