

**OBSERVACIONES DE LAS PERSONAS TITULARES DE LAS VOCALÍAS DEL CERMI EN EL CONSEJO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD**

**Observaciones esenciales**

1ª Se propone la modificación de la denominación del Anteproyecto de Ley, que pasaría de “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, por el de “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de personas con discapacidad”. La razón de este cambio es la de poner el énfasis, desde la nomenclatura inicial y oficial de la Ley, en las personas, que deben ser el centro y el fin superior de la nueva regulación, no en de la situación (la discapacidad), que esa adjetiva a lo sustantivo, las mujeres y hombres con discapacidad.

2ª Se aprecia en el Anteproyecto un desajuste grave y un desequilibro notable, entre el bloque de regulación sustantiva, la que se refiere al Derecho civil sustantivo o material (Código civil y demás leyes civiles sustantivas) y el bloque de regulación procesal o rituaria. En el primer bloque, se advierte una mayor exigencia y acierto para acompasar y alinear el Derecho español con los principios, mandatos y valores de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ofreciendo un resultado aceptable en términos de acomodo al tratado internacional de la discapacidad. Por el contrario, y desdichadamente, en el bloque procesal este esfuerzo por acercarse al elevado umbral de requerimientos de la Convención fracasa de modo muy inquietante, permaneciendo la propuesta anclada en concepciones y esquemas tradicionales, sin la disrupción, también procesal, que debe comportar la asunción convencida y sin ambages de la Convención, de su espíritu y de su letra. Es de notar incluso la descompensación y la incoherencia entre ambos bloques, incurriéndose en contradicciones entre lo sustantivo y de lo procedimental. Las faltas de concordancia y de correspondencia es preocupante y revela que ha sido preparada pro equipos redactores distintos, con cosmovisiones que difieren y hasta enfrentadas, que la refundición no ha conseguido armonizar. Se plantea que se revise íntegra y sistemáticamente el bloque procesal, para que en verdad obedezca al marco imperativo de la Convención, del que está muy lejano aún, y que además se atenga –sea la respuesta procesal- a los mandatos civiles materiales; lo procedimental es accesorio a lo sustantivo y ha de estar ajustado siempre al mismo.

3ª Se insiste con la mayor firmeza por parte del movimiento social de las personas con discapacidad y sus familias encarnado por el CERMI en que el procedimiento, que no proceso, para la declaración y determinación de los apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica ha de ser forzosamente de jurisdicción voluntaria, no contenciosa. El Anteproyecto ha de ser replanteado en este punto de modo absoluto, descartando de todo punto el proceso civil contencioso, y regulando en su integralidad, con las modificaciones que sean precisas de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, un procedimiento que sin merma de la garantías y salvaguardias preserve la dignidad, respeto y deferencia que se debe a la persona con discapacidad para la que se establecerán apoyos. En Derecho comparado más próximo al español y a nuestro sistema jurídico[[1]](#footnote-1) la opción por la jurisdicción voluntaria es abrumadora, por lo que no se entiende que el Anteproyecto se incline por el proceso civil jurisdiccional, error de consideración que ha de ser subsanado.

4ª En el procedimiento de determinación y declaración del repertorio de apoyos, la instancia responsable, siempre en el marco de la jurisdicción voluntaria, como ya se ha indicado, se deberá contar y dar participación activa además de a la propia persona que solicita los apoyos, cuyas preferencias y deseos serán las prevalentes, a todas las estructuras y entornos que inciden o que operan en el entorno vital de la persona (familia, amistades, entidades sociales, redes comunitarias de soporte, administración pública social, etc.), además de todas las que habitualmente venían actuando en la Administración de Justicia. Se ha de tener en cuenta y presente y será determinante de la decisión, la persona y su medio vital y existencial.

5ª Se enfatiza por el CERMI la necesidad ineludible de que el Proyecto de Ley, tras esta fase consulta del Anteproyecto, regule con precisión y seguridad todos los aspectos de Derecho transitorio, entre la legislación vigente y la nueva que alumbrará esta iniciativa legislativa. Es decir, qué ocurrirá con las personas que antes de la modificación legal estaban sometidas a medidas restrictivas de la capacidad jurídica (incapacitación judicial) y de las que están en curso (procesos vivos, sin resolución firme definitiva) en estos momentos. Las personas sometidas a medidas restrictivas de su capacidad jurídica deberán poder migrar del modelo antiguo al nuevo esquema, bien de oficio o a voluntad, lo cual ha de articularse en todas sus dimensiones en la reforma.

6ª En documento adjunto (INFORME ACERCA DE PROPUESTA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ENJUCIAMIENTO CIVIL PARA SU ADAPTACIÓN A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD), se acompaña un elenco amplio de observaciones y propuestas particulares de mejora y perfección del texto del Anteproyecto de Ley, con consideraciones, motivaciones y sugerencias de texto alternativas, formuladas por las Organizaciones miembro del CERMI que poseen un mayor grado de conocimiento y especialización en el ámbito de la discapacidad en todo lo relativo a los apoyos a la toma de decisiones.

7 de octubre de 2018.

**CERMI**

[**www.cermi.es**](http://www.cermi.es)

1. A continuación se ofrece una panorámica de esta cuestión en los principales ordenamientos jurídicos continentales:

   **ALEMANIA:** Todas las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan a un Juzgado especial, el *Betrauugsgericht* (según el parágrafo 1.896 del BGB, Código civil alemán), cuyos asuntos se tramitan por cauces de jurisdicción voluntaria. Los procedimientos de prestación de apoyo y demás relativos a la discapacidad se rigen por la *Ley sobre el Procedimiento de Cuestones de Familia y Asuntos de Jurisdicción Voluntaria* (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*), de 1 de septiembre de 2009.

   **AUSTRIA**

   La Ley de Jurisdicción Voluntaria austriaca (*Außerstreitgesetz*), de 13 de diciembre de 2003, dedica su apartado K (parágrafos 117 y siguientes) al Procedimiento sobre la curatela de las personas con discapacidad (*Verfahren über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*).

   **ITALIA**

   Las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan al *Giudice Tutelare* (art. 404 Codice civile). El nuevo procedimiento para el nombramiento de curador -*amministratore di sostegno*- (introducido por la *LEGGE 9 Gennaio 2004, n. 6*, de reforma del Codice) se regula en el art. 407 CC, que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

   **FRANCIA. Ley 2007, reforma 2015**

   La autoridad judicial que establece algunas de las medidas de protección (no todas) es el llamado juez de tutelas, que es un magistrado competente exclusivamente para este tipo de medidas, según un procedimiento ad hoc que no es contencioso, ni se rige por las reglas del procedimiento judicial

   El juez de tutelas tiene una particularidad que lo distingue de otros magistrados de la justicia civil: no tiene por función resolver litigios ni decidir sobre conflictos. Su función principal consiste en decidir las medidas de protección de las personas y cuidar de su buena ejecución.

   # PORTUGAL . Acaba de aprobar la ley en agosto de 2018 (Lei n.º 49/2018)

   Esta ley se dicta para adaptar el Derecho portugués al art. 12 de la Convención de Nueva York. Reforma profundamente el Código civil, y entre otras normas, dicta un nuevo art. 891 de la Ley del Proceso Civil, que dice así

   Artigo 891.º

   Natureza do processo e medidas cautelares

   O processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.

   **SUIZA. (reforma del Código civil publicada en 2008 que entró en vigor en 2013)**

   Las medidas son tomadas por la autoridad de protección del adulto; medidas como nombrar curador (en sus diferentes modalidades) y también, si es el caso, incluso para determinar el internamiento asistencial. El art. 440 CC dice que esta autoridad de protección del adulto es una autoridad interdisciplinar designada por los cantones; tiene que tener al menos tres miembros de los cuales al menos uno debe ser un jurista para que se asegure que se aplica correctamente el Derecho. Según el Message explicativo de la reforma del CC que cada cantón tiene libertad para decidir si se constituye como organismo administrativo o como autoridad judicial (en el sentido que luego se verá), lo que de verdad importa, dice el Message es que esté constituida por personas competentes para cumplir su función; se apela a que tengan competencias médicas, psicológicas, pedagógicas, actuariales, de gestión de bienes, etc. También se deja a los cantones que decidan si los miembros son profesionales o no, o que se mezclen ambas cosas.

   El Message explicativo aclara que el término «tribunal» ne doit pas être compris au sens formel. Il doit s’agir d’un organe qui répond aux exigences de l’art. 6, al. 1, CEDH, à savoir qu’il doit être indépendant et impartial. Selon la Cour européenne des Droits de l’Homme, les caractéristiques de cet organe sont qu’il détermine lui-même les faits juridiquement pertinents, qu’il applique les normes juridiques aux faits et enfin qu’il rende un jugement obligatoire. Par contre, il ne doit pas être composé uniquement de juges professionnels.

   Los cantones designan a los encargados de supervisar la actuación de la autoridad de protección; estos encargados también pueden ser de naturaleza administrativa o judicial (en el sentido que veremos), a elección del cantón.

   La decisiones de la autoridad de protección del adulto son recurribles ante el juez competente (arts. 450 ss CC) que será el tribunal que el cantón designe.

   Parece que el recurso si será ante una autoridad judicial stricto sensu en el caso del art. 439 CC (internamientos más o menos no voluntarios)

   EL CC establece ciertas reglas de procedimiento regidas por el principio inquisitorio y de actuación de oficio, el art. 450f dice que si el cantón no dispone otra cosa se aplican supletoriamente las disposiciones del procedimiento civil. La autoridad de protección del adulto puede tomar medidas provisionales.

   El Message dice también que el CC se limita a regular de manera puntual y sucinta el procedimiento en su primera y segunda instancia, en los aspectos que requieren una solución federal única, de modo que la mayor parte de las reglas de procedimiento son competencia de los cantones, los cuales deben respetar las reglas mínimas previstas en la Constitución y en el Convenio europeo de derechos humanos.

   La autoridad de protección del adulto es también la encargada de ejecutar sus propias decisiones y las emitidas por el tribunal (en el sentido indicado) que ha resuelto el recurso. [↑](#footnote-ref-1)