

**EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD : ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE DEFENSA Y
A LA ASISTENCIA LETRADA**

Santiago Miguel Cruces

Fiscal delegado de protección a personas con discapacidad y civil de Galicia

Fiscalía Provincial de Pontevedra

**Jornadas de Fiscales especialistas en la protección y garantías de los derechos de las
personas con discapacidad (Madrid 5 y 6 de julio de 2017)**

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

2.-MARCO NORMATIVO

2.1.- AMBITO INTERNACIONAL

2.2.- PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: DOCTRINA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

3.- LA PERSONA CON DISCAPACIDAD ANTE EL PROCESO CIVIL

3.1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

3.2.- PROCESO CIVIL EN GENERAL

3.3.- PROCESO SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

3.4.- EL DEFENSOR JUDICIAL EN EL PROCESO SOBRE CAPACIDAD

3.4.1.-Concepto defensor judicial

3.4.2 Funciones del defensor judicial: posición procesal y rebeldía

3.4.3.- Designación de defensor judicial

4.- INGRESOS INVOLUNTARIOS Y ASISTENCIA LETRADA

4.1 .- CUESTIONES GENERALES

4.2.- REGULACIÓN LEGAL Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

5 CONCLUSIÓN

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD : ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE DEFENSA

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Se trata de determinar si se está garantizando de un modo efectivo el derecho de defensa garantizado en el art. 24 de la CE y por lo tanto del acceso a la justicia (13 La Convención) en los procesos en los que se encuentra implicado una persona con discapacidad y la respuesta debe ser contundente y es NO.

Y ello se produce por muchas situaciones de la práctica procesal pero ante todo por la falta de una adecuada defensa jurídica de la persona con discapacidad en un procedimiento efectivamente contradictorio.

El planteamiento paternalista que debemos descartar desde la perspectiva de La Convención, es que ya existen agentes públicos que velan por el interés de la persona con discapacidad al estar el Juez con unas funciones “tuitivas” mayores que en otros procedimientos y el Ministerio Fiscal que ya vela por los intereses de la persona, no es necesaria la propia persona.

Pero realmente este no es el marco legal, ni constitucional del planteamiento ya que el procedimiento que se instaura en la modificación de capacidad es forzosamente contradictorio y por ello se introduce en el proceso al defensor judicial. Por lo tanto la elección del defensor judicial es la pieza fundamental que garantiza la efectiva defensa de la persona con discapacidad en el proceso, a lo largo de todas las fases del mismo y que medios de apoyo se le pueden otorgar.

2.-MARCO NORMATIVO

2.1.- AMBITO INTERNACIONAL

Conforme al rango normativo de los tratados internacionales en la Constitución debemos acudir al art. 13 de la Convención :

“Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. *A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.*”

Por lo que se deben establecer las medidas para que el acceso a la justicia se produzca en condiciones de igualdad y que la misma sea eficaz, y es en este punto en el que nos debemos centrar es si es EFICAZ EL ACCESO A LA JUSTICIA QUE TIENEN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En este sentido, las **Reglas de Brasilia** que recogen un compromiso de los estados partes en el ámbito de la Cumbre Iberoamericana establece las directrices para considerar que el acceso a la justicia es efectivo y eficaz, así se refiere a la discapacidad, a las privaciones de libertad y directamente a la asistencia jurídica:

“3.- Discapacidad (7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. (8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

10.- Privación de libertad (22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores. (23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad (28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;*

• *En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;*

• *Y en materia de asistencia letrada al detenido. (29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados... Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo.*

2.- *Asistencia de calidad, especializada y gratuita (30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia. (31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.*

Así en el acceso a la justicia se alude directamente a la asistencia legal y defensa pública. Atendiendo al ámbito en el que nos encontramos habla en un doble sentido:

a.- Ampliación de las funciones de la defensoría pública

b.- Asistencia técnico jurídica de asistencia letrada y preferentemente gratuita.”

Por lo tanto parece que el acceso a la justicia de forma efectiva se establece tanto cuando el Ministerio Público, en nuestro ordenamiento, realiza funciones de asesoramiento técnico e información, pero entiendo que estas funciones no son suficientes para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona con discapacidad en el marco del proceso de modificación de la capacidad y ello por varias razones:

En primer lugar porque la posición del Ministerio Fiscal no defiende los mismos intereses que la persona con discapacidad, salvo que se asuma una posición paternalista de la discapacidad (el consabido “es por su bien”), en cuanto además de velar por el ejercicio de los derechos fundamentales puede confluír un interés público que la persona con discapacidad ni le afecta, ni puede interesarle, vg. supuestos de falta de conciencia de enfermedad.

Por otro lado, por la imposibilidad, al menos actual, de realizar las funciones de información y asesoramiento de forma eficaz por parte del Ministerio Público.

En cuanto a las labores de información respecto del alcance, contenido y posibilidades de defensa en el ámbito del procedimiento la organización de las Fiscalías va a impedir en la práctica que esas medidas sean efectivas y a lo más que se puede llegar (como ya sucede en otros ámbitos) es a que se establezcan una serie de formularios más o menos estándar de dudosa eficacia.

En cuanto a las labores de asesoramiento, en primer lugar están vedadas por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), aunque obviamente en materia de discapacidad esta limitación no es tan amplia, y entra en contradicción con otras funciones del Fiscal, pero sobre todo porque entiendo es mejor que cada uno haga lo que mejor sabe hacer. Esto es que el Ministerio Fiscal defienda los derechos de las personas con discapacidad y el interés público, y aquí no preocupa tanto una postura “paternalista” siempre que tenga como contrapunto, tenga enfrente o al menos al lado una efectiva defensa de los intereses concretos y particulares de la persona con discapacidad.

2.2.- PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: DOCTRINA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Desde este marco de nuestro ordenamiento desde la perspectiva de La Convención descendemos al marco constitucional y al ejercicio del derecho de defensa desde el punto de vista del art. 24 de la CE, y en cuanto a los diferentes ámbitos que presenta el mismo de forma genérica y de forma específica en el ámbito del proceso sobre la capacidad de las personas, vinculado expresamente a la asistencia letrada y las facultades de autodefensa.

Desde este punto de vista el derecho de defensa se configura inicialmente por el derecho de acceso a los Tribunales y una vez en estos el realizar las alegaciones y probar (a través de la aportación y participación del material probatorio del proceso) y ello bien en forma de “autodefensa” en los casos en que no sea necesaria la asistencia letrada o bien a través de la defensa técnica.

En el ámbito del proceso sobre capacidad el TC se pronunció en la STC 14 de febrero de 2011 (EDJ 2011/10224)(BOE 15/03/11) y estableció las líneas básicas en esta materia:

1.- Asistencia letrada resulta necesaria en los procesos en los que la capacidad del interesado, el objeto del proceso, la complejidad técnica hagan estéril la autodefensa. Desde esta perspectiva se determina claramente que de forma los supuestos de procesos de modificación de la capacidad requieren por su complejidad técnica, por la gravedad de los intereses afectados (dignidad de la persona 10.1 CE) y la propia situación personal de la persona con discapacidad una asistencia letrada.

2.- *“La asistencia letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento...la pasividad del titular del derecho*

deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado la oportunidad de reparar tal omisión”

3.- El nombramiento de defensor judicial no impide el ejercicio de la comparecencia voluntaria.

4.- La actuación es o nombrar abogado y procurador de oficio o reiterar al interesado la facultad de solicitar la asistencia letrada y hacerla efectiva.

Desde la perspectiva constitucional por lo tanto parece clara la exigencia de asistencia letrada, ahora bien es posible la rebeldía procesal en el proceso sobre la modificación de la capacidad así la STC 3 de julio de 2006 (EDJ 2006/105200)(BOE 4/08/06) tras establecer los requisitos fundamentales de la rebeldía para que sea válidamente una resolución judicial “inaudita” parte es decir que la misma sea voluntaria o gravemente negligente.

Pero es más, se señala que para que sea efectivo el derecho no basta con el nombramiento de defensor judicial (en este caso el Ministerio Fiscal ex art. 8 de la LEC) si no que esa posición asegure la defensa jurídica de una forma efectiva en el proceso.

Así en los supuestos en los que se trate de personas en situación de discapacidad se exige una defensa efectiva de la misma y por lo tanto requerirá una actuación procesal válida del representante.

3.- LA PERSONA CON DISCAPACIDAD ANTE EL PROCESO CIVIL

3.1.- PLANTEAMIENTO GENERAL

La posición general es que de conformidad con lo establecido en los arts. 199 y 200 CC la situación de discapacidad sólo afectará o determinará a la modificación de la capacidad cuando así se determine en sentencia tras el correspondiente proceso judicial, este planteamiento desde la perspectiva de la seguridad jurídica, determinaría que en tanto no exista sentencia la posición procesal es la misma que la de cualquier persona, se presenta demanda, contestación o no de la demanda y práctica de prueba, y por lo tanto si no consta la “incapacitación” no afecta a nada al proceso.

Sin embargo ya desde la perspectiva constitucional se señalan matizaciones atendiendo a las “capacidades” a las habilidades que pueda tener la persona en el proceso. Por lo tanto vamos a analizar como se produce esta situación en los procesos en general y en el proceso sobre capacidad.

3.2.- PROCESO CIVIL EN GENERAL

Debemos partir del art 8 de la LEC:

Integración de la capacidad procesal.

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

Por lo tanto en los casos en los que se aprecie una situación de discapacidad (tanto si existe sentencia como si no) se acudirá a la representación legal y en el caso que no exista se procede al nombramiento de un **defensor judicial** para la defensa y representación en juicio.

Y este artículo es especialmente importante en cuanto determina las funciones del defensor judicial “represente y asista para comparecer en juicio”, a partir de ese momento entrarán en juego las reglas generales en materia de defensa letrada y atendiendo a si es facultativa o no la necesidad de la defensa letrada conforme a los requisitos constitucionales.

De esta forma si el defensor judicial actúa para que la represente o asista al juicio las funciones del mismo son la de establecer un efectivo ejercicio del derecho de defensa en el ámbito del proceso.

La labor del Ministerio Fiscal es subsidiaria y debemos entender que transitoria y sólo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia que impidan que se designe un defensor judicial que asista a la persona con discapacidad en el proceso.

Sólo desde esta perspectiva debe entenderse la intervención del Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de las facultades generales del Fiscal en los procesos civiles con personas con discapacidad, en cuanto la posición institucional del Ministerio Público y las facultades reales de intervención en la situación actual, impide que se asuma de forma general estas funciones.

Además entiendo que concurren razones de especialización y lógicas de división del trabajo, no es razonable, que el Fiscal esté actuando como “abogado” particular de una persona en un procedimiento en el que no está en juego ningún interés de carácter público, con independencia de que lleve a cabo una actuación profesional en el mismo.

3.3.- PROCESO SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

El análisis de las posturas que puede adoptar la persona con discapacidad en el proceso y que pueden tener influencia en el ejercicio del derecho de defensa deben ser analizadas por separado y nos encontramos con tres situaciones procesales distintas:

1.- La persona con discapacidad como demandante: en este supuesto la constitución de la “litis” no plantea ningún problema, el demandante es la propia persona con discapacidad que acude al Tribunal para que se establezcan los medios de apoyo adecuados a sus limitaciones.

Se da la particularidad de que existe una postura de demandante-demandado en la cual conforme al art. 750 de LEC se comparece por medio de abogado y procurador y la demanda es contestada por el Ministerio Público ejerciendo las funciones que son propias de garante de la legalidad, del interés público y de los derechos fundamentales de los ciudadanos

2.- Proceso iniciado por las personas legitimadas (art. 757 de LEC) en el presente supuesto, se establece que se dará traslado de la demanda al demandado y en el caso de no comparecer en juicio serán defendidos por el Ministerio Fiscal (art. 758 LEC), en este supuesto se empiezan a torcer las funciones propias del Fiscal en los procedimientos en cuanto se establece que asume la DEFENSA de la persona con discapacidad y eso es distinto de la posición de “dictaminador” en el proceso como garante del interés público y de defensa de derechos.

Si nos encontramos ante otros procesos en los que el Ministerio Fiscal interviene como parte necesaria, procesos en materia de derechos fundamentales, familiares con menores implicados, se puede comprobar que la situación no es la misma. Ante la demanda si el demandado no contesta se le declara en rebeldía, con las consecuencias procesales que eso conlleva, pero el Ministerio Fiscal no asume la defensa de nadie, ni de los menores, si no que se mantiene en su posición de garante en el ámbito del procedimiento.

Esta situación demuestra que el legislador ha establecido en todo caso un **procedimiento de carácter contradictorio** y en el que la contradicción e igualdad de armas sea efectivo, aunque acude a un camino intermedio que es el de establecer la defensa a cargo del Ministerio Público.

3.- Procesos iniciados por el Ministerio Público: en estos supuestos habrá que distinguir en primer lugar en los supuestos que el demandado comparezca en juicio con abogado y procurador, en cuyo caso no plantea ningún problema existe un proceso con dos partes que ejercitan sus pretensiones en condiciones de igualdad y pleno ejercicio del derecho de defensa.

Los problemas se plantean en los supuestos en los que el demandado no comparece en juicio, no contesta a la demanda, la solución legal es la de nombrar un defensor judicial y aquí empiezan a plantearse problemas que son la forma de nombramiento y las funciones del defensor judicial.

3.4.- EL DEFENSOR JUDICIAL EN EL PROCESO SOBRE CAPACIDAD

3.4.1.- Concepto defensor judicial

El defensor judicial en los procesos sobre capacidad iniciados por el Fiscal, es la pieza angular sobre la que recae la garantía de un proceso contradictorio y en el que en igualdad de armas, se determine si procede una modificación de la capacidad de la persona. En este sentido es claro que el legislador, conforme a la doctrina constitucional antes esbozada, considera de especial trascendencia tal declaración y por lo tanto establece una serie de garantías y precauciones.

Podría no haberlo hecho y establecer que atendiendo a las funciones encomendadas al Ministerio Público y a las facultades de práctica de prueba legal impuesta al Juez y a la posibilidad de la práctica de prueba de oficio en procesos en que están implicados intereses públicos (art. 752 LEC), considerar que ya están suficientemente garantizados los derechos fundamentales a través de ambas instituciones públicas. Pero no lo hace y establece la necesidad de nombramiento de un defensor judicial precisamente como una garantía más de un proceso necesariamente y efectivamente contradictorio.

Desde una perspectiva decimonónica y de seguridad jurídica que es la que establece el CC en los arts. 199 y 200, tampoco plantearía ningún problema, desde una perspectiva de seguridad jurídica, en el que sólo se puede modificar la capacidad por sentencia y mientras esta no se produzca se presume capaz para el ejercicio de sus derechos, el acudir directamente a la figura de la rebeldía entendiendo que esta es voluntaria en cuanto no estando “incapacitado” todas las decisiones, también las procesales, son libres, conscientes y voluntarias.

El legislador lo había tenido fácil estableciendo la obligatoriedad de comparecer con abogad y procurador y ante la inactividad del mismo que fuera suplida por el órgano judicial. Pero el legislador siempre ha sido reacio a la designación letrada de oficio, probablemente por las implicaciones de confianza y económicas que conlleva (recordar que aún son recientes sentencias del constitucional y una práctica no totalmente desaparecida de actuaciones en el proceso penal en el que se discute sobre la asistencia letrada o no).

Por lo tanto si el proceso sobre la capacidad de las personas es esencialmente contradictorio hay que preguntarse **quién es la persona más adecuada para ejercerlo y cuáles son sus funciones.**

3.4.2 Funciones del defensor judicial: posición procesal y rebeldía

Empecemos por este último aspecto funciones del defensor judicial el art. 758 LEC establece “El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.”,

De este artículo se puede establecer claramente que las funciones del defensor judicial es la de **comparecer en el proceso** para el estar en el mismo debidamente

representado y defendido y en el mismo sentido y en el mismo sentido en las normas generales el art. 8 de la LEC **represente o asista para comparecer...representación y defensa**, por lo tanto las funciones son claras, la de garantizar que el demandado comparezca en juicio. Y para comparecer en juicio requiere conforme a las reglas generales, y atendiendo a la importancia del proceso, abogado para el ejercicio de la defensa.

Ninguna otra función se atribuye al defensor judicial, no cuida de la persona, ni de los bienes (si lo hace será fuera del propio proceso), ni ejerce más funciones que las de garantizar la comparecencia procesal del demandado.

Atendiendo a las funciones encomendadas al defensor judicial, lo siguiente es determinar qué **posición procesal** puede adoptar el defensor judicial. En un procedimiento en el que no está a disposición de las partes el objeto del mismo en el que no cabe la transacción, allanamiento y con desistimiento limitado (art. 751 LEC) parece claro que la posición procesal solo puede ser la de ser parte en el proceso y ejercitar los derechos de alegación y prueba (proposición y participación en la fase probatoria), pero también es posible que adopte una posición pasiva equiparable a la rebeldía procesal.

Por lo tanto hay que analizar **si es posible la rebeldía procesal** en los procesos sobre la capacidad de las personas, y entiendo que la respuesta debe ser negativa, en primer lugar por una razón de mero sentido común creo que no existiría nadie que ante un proceso en el que se dirimen aspectos tan sustanciales como los que se plantean en el proceso sobre la capacidad asumiera una posición inerte en la que no ejerce una mínima defensa y está conforme con todo lo que se hace en el proceso. Y esto debería ser un elemento fundamental para considerar que si una persona en una situación habitual no actuaría de esta forma, algo debe pasar cuando no se actúa conforme a las normas de una diligencia media y ello no es otra cosa que la situación de discapacidad.

La rebeldía procesal constitucionalmente se ha caracterizado por un elemento clave que la misma se produzca por la incomparecencia voluntaria o negligente de la parte, en este sentido cuando la persona con discapacidad no contesta a la demanda el legislador entiende que esa incomparecencia no es ni voluntaria ni negligente, si no que presume que es debida a su situación de discapacidad, y por ello se procede a nombrar a un defensor judicial.

Por lo tanto si se produce una rebeldía procesal y esta es constitucionalmente válida debe responder a una posición voluntaria del defensor judicial (debemos de entender que no puede ser negligente, en cuanto ha sido designado por el Secretario Judicial la persona más adecuada para el cargo) el cual “comparece y asiste” al demandado en juicio asumiendo una posición pasiva.

Para valorar si la posición de rebeldía procesal es admisible, habrá que analizar que supone la rebeldía procesal, conforme al art. 496 y sig de la LEC la no comparecencia en juicio no supone ni allanamiento ni reconocimiento de hechos y supone la preclusión

de los actos procesales pero no impide su comparecencia en los diferentes momentos procesales.

Respecto del allanamiento o reconocimiento de hechos no plantea ningún problema en cuanto estamos ante procedimientos con objeto indisponible, pero sí que plantea problemas la preclusión de actos procesales desde la perspectiva del derecho de defensa del art. 24 CE. Si la posición de pasividad ante el proceso del defensor judicial se prolonga a lo largo del proceso no existe posibilidad de que por parte del mismo, y en sus funciones de defensor judicial, de garante de la comparecencia en juicio de la persona con discapacidad, formule alegaciones, proponga pruebas intervenga en la prueba y formule conclusiones, todos ellos contenido mínimo esencial del derecho de defensa del art. 24 CE. Y sobre todo estos aspectos el defensor judicial puede “renunciar” al ejercicio de manifestaciones esenciales del derecho de defensa sin más, puede llevar esta actuación procesal en el proceso sobre la capacidad de la persona en sustitución del propio afectado, cuando si efectivamente tras la sentencia se le nombra tutor requiere autorización judicial ex art. 271 CC para cualquier asunto de trascendencia que afecte a la persona con la capacidad procesal modificada, entiendo que solo se puede contestar de forma negativa. No es admisible una posición meramente inerte y pasiva del defensor judicial en el proceso.

El señalar que no se puede obligar a nadie a contestar a una demanda y actuar en un proceso, entiendo que no es defendible en este tipo de procesos, en los que el defensor judicial, para empezar no actúa en nombre propio si no en representación de otra persona, y que está nombrado precisamente para comparecer, representar y asistir en el marco del proceso, y en éste no tiene nada que decir como representante no tiene sentido.

Supongamos el caso de un defensor judicial extraprocesal ex art. 299 bis CC en el que se le encarga la administración de un patrimonio y que su posición sea meramente pasiva, no pague los recibos, renuncie a derechos... no cumpla el encargo que se le ha realizado nadie tendría duda de la remoción del mismo, pues lo mismo debería pasar con el defensor judicial.

Pero es más atendiendo a las particularidades de la situación de discapacidad del demandado para que desde la perspectiva constitucional fuera admisible tal posición requeriría una actuación judicial para que la misma fuera libre, consciente e informada por tanto ello pasa por que la autoridad judicial cuide:

a.- De una adecuada notificación al incapaz, que le permita comprender las consecuencias de la rebeldía, que se le informe de forma adecuada del derecho a la asistencia letrada, que la notificación sea personal (en muchos casos se realiza al propio defensor judicial) y que sea adecuada al tipo de discapacidad que padece.

b.- Que se produzca unas adecuadas notificaciones e información al defensor judicial, o previamente en la audiencia de parientes de las consecuencias de ser defensor judicial y de que nada tiene que ver con el cuidado o asistencia al presunto incapaz y que

se le informe de las consecuencias de la situación de rebeldía y de la posible exigencia de responsabilidades.

c.- Que una vez cumplido tales trámites se autorice en el nombramiento a que se sitúe en posición de rebeldía procesal, y que el propio órgano judicial asuma las responsabilidades de tal nombramiento.

Y hablo claramente de responsabilidades que se pueden dar y tener una valoración pecuniaria e indemnizable, que se puede producir en las incapacidades parciales, y en otros casos en totales en las que no esté perfectamente determinados los actos a los que se extiende la incapacidad. Y ello porque el art. 12 de la Convención establece la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y en igualdad de condiciones con las demás personas y de lo que se trata es de buscar auxilio para que el ejercicio de esa capacidad jurídica sea efectiva.

Por lo tanto en el momento en que por una inadecuada o no ponderada valoración de las circunstancias del caso a una persona se le haya incapacitado para un acto y no lo pueda realizar por sí mismo y se demuestre (reintegración de la capacidad) que estaba capacitado para realizarlo y le ha causado un perjuicio, puede exigir responsabilidades al primero al defensor judicial al siguiente al juez por no controlar y después al resto de la Administración de Justicia.

Ciertamente podemos discutir desde planteamientos de “legeferenda” si habría que adecuar los procesos sobre la capacidad a la situación concreta de discapacidad no es lo mismo un situación de coma vigil, que un retraso mental... y adecuar las herramientas legales a las diferentes situaciones, pero en materias de derechos fundamentales se debe ser especialmente cuidadoso y garantizar al máximo los derechos implicados, aun cuando en algún caso en la práctica se convierta en algo “formal”, como por otro lado ocurre en otros ámbitos jurisdiccionales y nadie discute la asistencia letrada

3.4.3.- Designación de defensor judicial

Desde esta perspectiva **quien puede ser defensor judicial**, si atendemos a que se trata de un cargo esencialmente procesal y para el ejercicio en un proceso en el que existe por un lado un contenido de la complejidad técnica, trascendencia a derechos fundamentales y de la preceptiva asistencia letrada, solo se puede concluir que las funciones de defensor judicial sólo pueden recaer en un letrado.

Ciertamente en ningún supuesto se establece que se designe letrado como defensor judicial, pero si se asume que es necesaria un efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado en el proceso, no tiene sentido el nombrar defensor judicial a un familiar (muchas veces el mismo que ha solicitado el inicio del procedimiento ante la Fiscalía), para que acuda se busque a un letrado que asista y comparezca en el juicio, con las dudas que puede plantear respecto de si actúa en defensa del demandado o del designado defensor judicial que le contrata.

Aun cuando es un argumento más que discutible cuando se está hablando de derechos fundamentales la cuestión económica: se argumenta que supone un perjuicio patrimonial para el incapaz al tener que satisfacer a un abogado y procurador. Es un criterio que no es jurídico, puede ser un criterio económico, social... pero no jurídico. Y en el que late un paternalismo contrario a la Convención, como ya sabemos los jueces y los fiscales lo que es bueno para ti no tienes los mismos derechos que los demás.

Lo cierto es que la Justicia no es gratuita, por mucho que podría ser deseable que la Justicia y todos los servicios públicos sean gratuitos lo cierto es que no lo son, y que estamos hablando de derechos fundamentales. Pero es que además en los casos en que es demandado una persona con discapacidad en cualquier otro proceso que no sea de incapacitación no se plantea el problema de la gratuidad de la justicia.

Pero aparte hay que tener presente que la cuestión económica en muchas ocasiones no es real, en cuanto tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Y es que hay derecho a la asistencia jurídica gratuita en la mayoría de los supuestos en cuanto el art. 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 2. En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.

Lo que permite el reconocimiento del derecho hasta el quintuplo del salario base por lo tanto estamos en cantidades mensuales, que se encuentran incluso por debajo de las pensiones contributivas máximas.

Por lo tanto lo que hay que hacer no es privar del derecho a la asistencia letrada si no hacerla efectiva y si tiene patrimonio tendrá que abonar los gastos en condiciones de igualdad con cualquier otro ciudadano.

En cuanto al medio procesal para realizar tal nombramiento hay que señalar que si bien en el CC se establece la previa audiencia de los parientes también hay que tener presente que eso se producirá siempre y cuando sea útil para el procedimiento, y así ya el propio TC preveía, como posibilidad, el nombramiento de Abogado y procurador de oficio ante la manifestación de la intención de la asistencia letrada. Pero es más ya el art. 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita prevé la posibilidad de requerir los Colegios Profesionales para que designen abogado y procurador en los casos en que por las circunstancias o urgencia fuera necesaria para garantizar los derechos de defensa y representación. Por lo tanto existe una cobertura legal para el nombramiento de letrado como defensor judicial.

4.- INGRESOS INVOLUNTARIOS Y ASISTENCIA LETRADA

4.1.- Cuestiones generales

En primer lugar señalar que conforme a la doctrina constitucional y del TEDH conforme al art. 5 CEDH y al art. 14 de La Convención establece el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad, y por lo tanto toda privación de libertad o ingreso en un centro debe realizarse conforme a la ley, sin que la discapacidad sea el elemento determinante del mismo y bajo el control judicial.

Ahora bien en materia de discapacidad y de ingresos voluntarios de personas con discapacidad sigue latiendo la concepción del “es por su bien” de una forma paternalista y así hay que plantearse si existen supuestos en nuestro ordenamiento en los que se producen privaciones de libertad sin la asistencia letrada, los únicos supuestos que yo he encontrado están relacionados con la enfermedad. Así mientras que en el orden penal la asistencia letrada es preceptiva en todos los supuestos, incluso en la fase no judicial de la detención, de igual forma que en el ámbito administrativo en materia de extranjería la asistencia letrada también es obligatoria, solo cuando hay un enfermo la asistencia letrada empieza a tambalearse, así tanto en el art. 763 de la LEC como en los casos de ingresos por materia de salud pública, en ambos casos en una situación de enfermedad la asistencia letrada ya no aparece como obligatoria si no a disposición de las partes, conforme a las reglas generales.

4.2.- Regulación legal y doctrina constitucional.

La regulación del art. 763 de la LEC es un procedimiento que está pensado con carácter general para supuestos de ingresos psiquiátricos, sin embargo su aplicación se ha extendido de forma que en la actualidad en número superan los ingresos en centros residenciales por personas de edad avanzada. Así nos encontramos con la utilización de una herramienta procesal cuya utilización no es para lo que se había pensado, y estas diferentes situaciones en las que nos podemos encontrar deben ser valoradas para ver si se produce una efectivo ejercicio del derecho de defensa.

El planteamiento desde la perspectiva constitucional es el establecido en la STC de 2 de julio de 2012 que se limita a establecer la obligación del órgano judicial de establecer en el ámbito de los ingresos involuntarios una posición proactiva en materia de información de derechos así se establece “El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del art. 17.1 CE del recurrente.”

Ver como en esta sentencia se recoge que la función del Ministerio Fiscal no es propiamente la de defensa si no la de defensa de la legalidad y habría que añadir de los derechos fundamentales.

Pero por el contrario en aquellos supuestos en los que se produzca la información de derechos de la posible asistencia jurídica a la persona del ingreso se hace recaer en el mismo la carga procesal de interesar el nombramiento de abogado que lo defienda, pero no se impone su obligatoriedad como en el orden penal o en materia de extranjería.

Las situaciones de ingresos involuntarios responden a situaciones muy diferentes y a todas esas situaciones debe ajustarse el derecho de defensa en este ámbito particular como ya hemos señalado es posible que se esté utilizando una herramienta inadecuada para cada supuesto. En la práctica y sin perjuicio de la valoración del caso concreto se pueden distinguir tres grandes grupos:

a.- Ingresos involuntarios propiamente psiquiátricos, responden a un ingreso producido en una fase aguda de la enfermedad que determina la necesidad del ingreso. Estos ingresos se caracterizan por una grave afección de las facultades mentales al menos en determinados aspectos de las capacidades intelectivas y volitivas, pero además tales facultades se ven afectadas tanto por la situación del ingreso como por que en el momento en el que se produce la exploración judicial y por tanto el momento en el que se debe producir la adecuada información de derechos y por lo tanto la decisión de solicitar o no la asistencia letrada, no se encuentra en plenas condiciones mentales.

b.- Ingresos en centros residenciales, en estos supuestos normalmente obedecen a deterioro cognitivo que admiten diferentes graduaciones, desde la ausencia total de voluntad a limitaciones cognitivas leves, pero en todos los casos nos encontramos (salvo que sea absolutamente inadecuado) con un deterioro cognitivo y por lo tanto el mantener que en esas situaciones se está en condiciones de decidir a través de la información que se le ofrece si desea o no libremente la asistencia letrada es cuanto menos arriesgado.

c.- Un tercer grupo muy minoritario es el de aquellos supuestos en los que las facultades en relación con el proceso de ingreso no están afectadas, vgr. Supuestos de trastornos alimentarios que requieran ingreso, o supuestos de trastornos bipolares... en estos supuestos quizá sí sería admisible sin más el configurar como una carga procesal la elección por la asistencia letrada

Ciertamente se debe tratar de valorar el supuesto en el caso concreto para que tras una adecuada información de los derechos se produzca una valoración de que esa decisión de no acudir a la asistencia letrada es plenamente libre y consciente, establecer al contrario de la práctica habitual el imponer la asistencia letrada.

Si todos estos planteamientos son consecuencia de la aplicación de la doctrina constitucional general en materia del derecho a la asistencia letrada en los que se impone

al órgano judicial una labor proactiva de aseguramiento de que la decisión es voluntaria, más aún debería aplicarse al “proceso sobre la capacidad de las personas”, más aún si se tiene en cuenta que la exploración judicial del demandado se a va a producir cuando ya se ha materializado la situación de “rebeldía”.

5.- CONCLUSIÓN

Para garantizar en su plenitud el ejercicio del derecho de defensa en su vertiente de asistencia letrada en los procesos en los que más directamente se ven afectados los intereses personales de la persona con discapacidad (procesos de modificación de capacidad e ingresos involuntarios, principalmente) no hay más solución y es la más deseable que se imponga la asistencia letrada de forma preceptiva y obligatoria, y si no opta por un letrado de su elección se produzca el nombramiento de oficio.

El que se deba producir una información de los derechos de forma efectiva y de modo que sea comprensible no se configura como suficiente para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y en las más de las veces se convierte en la práctica en un formulario sin mayor contenido.

