

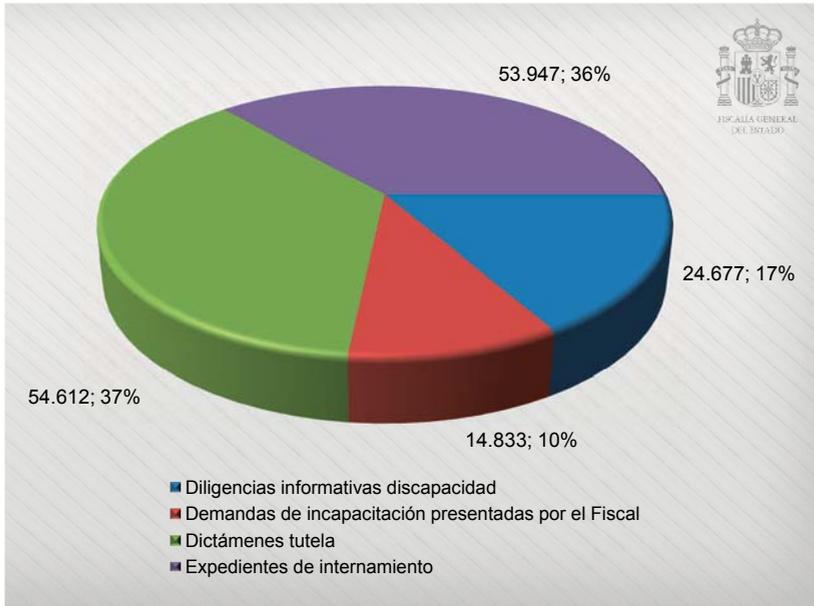
## 2.5 Protección de los derechos de las personas con discapacidad

Debe señalarse que la Fiscalía General del Estado ha desarrollado en los últimos años un papel protector de las personas con discapacidad, estableciendo pautas de actuación *amplias* que se han recogido en diversos documentos como la Circular 2/1984, la Consulta de 25 de abril de 1985, la Instrucción 6/1987, la Instrucción 3/1990, la Consulta 1/1991, la Consulta 2/1998, la Instrucción 11/2005, la Instrucción 4/2008 y la Instrucción 4/2009; sin que pueda obviarse la importancia del llamado *Manual de Buenas Prácticas* de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (Alcalá de Henares, 20 y 21 de septiembre de 2010). Como dice la Instrucción 4/2009, *a través de los expresados documentos, la Fiscalía General del Estado ha ido promoviendo y dinamizando la respuesta eficaz que la sociedad reclama del Ministerio Fiscal en su función de protector de las personas con discapacidad*. Debe resaltarse que la reiterada Instrucción 4/2009 establece una serie de pautas encaminadas al mejor funcionamiento de las *subsecciones* especializadas en materia de discapacidades y tutelas organizadas dentro de las Secciones Civiles de las Fiscalías Provinciales.

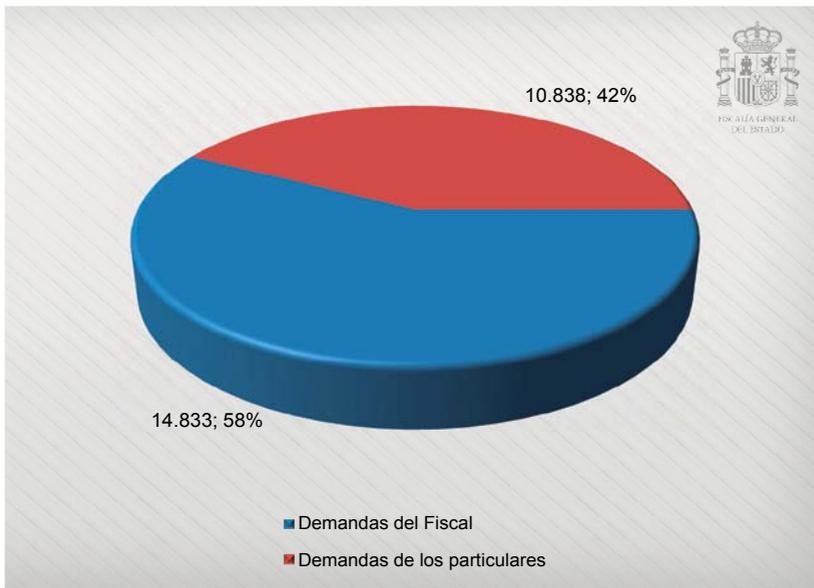
El envejecimiento de la población y el incremento del número de personas de la tercera edad ingresadas en residencias representa un reto para los poderes públicos en general y para el Ministerio Fiscal en particular. Es necesario estudiar vías para profundizar en el mejor aprovechamiento de los medios disponibles y en la coordinación de la pluralidad de actores con competencias en la materia.

Un adecuado control de la situación de las personas internas en centros psiquiátricos y de la tercera edad pasa necesariamente por el establecimiento de visitas aleatorias a los mismos, sin perjuicio de cuando haya razones que lo aconsejen, como son la constancia o sospecha de un deficiente funcionamiento, se lleven a cabo.

La actividad del Ministerio Fiscal se centra fundamentalmente en el ámbito de las incapacidades, las tutelas y los internamientos, junto con otras actividades de menor impacto cuantitativo. Las grandes líneas de actuación del ejercicio se concretan en lo siguiente:



En el apartado de las incapacidades resulta interesante distinguir las demandas promovidas por el Fiscal de aquellas que han sido instadas por los particulares.



Aun dentro de las demandas presentadas a instancias del Fiscal, resulta ilustrativo diferenciar las sentencias estimatorias y desestimatorias de la pretensión formulada por éste.



Se exponen a continuación las cuestiones más relevantes abordadas por las diferentes Fiscalías en sus Memorias.

Con carácter general cabe decir que se sigue trabajando en la plena implantación de la Convención de Nueva York sobre las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

La legitimación en el proceso del Ministerio Fiscal en defensa del interés social de la persona con discapacidad queda determinada en su Estatuto Orgánico, (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), que en su art. 3.7 establece que para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1, corresponde al Ministerio Fiscal: *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*, y que encuentran cabal asentamiento en la jurisprudencia de la Sala Primera (así, por todos, el reciente auto de 12 de diciembre de 2013), como en la del Tribunal Constitucional, relativa al recurso de amparo, (STC 17/2006). Por lo que el cumplimiento de la misión constitucional que el art. 124 CE le atribuye, adquiere una singular relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o perso-

nas especialmente vulnerables, categoría en la deben incluirse no sólo a aquellas personas incapacitadas judicialmente, sino también a quienes ostenten la condición de «persona con discapacidad» según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 1 afirma que *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.* Convención que ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE en fecha 21 de abril de 2008, forma parte en la actualidad de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96.1 CE).

Exigencia de protección especial que ya aparecía plasmada en el art. 49 CE y que dota al Ministerio Fiscal de una particular posición institucional para la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad, como se desprende también de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, al atribuir al Ministerio Fiscal, en su art. 7, funciones de supervisión institucional de la administración del patrimonio protegido y de actuación, incluso de oficio, en beneficio de la persona con discapacidad.

En el mismo sentido, el art. 8.2 LEC, confiere y obliga al Ministerio Fiscal a velar por los intereses de las personas desvalidas, entendiéndose por tales aquellas que superan el 33% de discapacidad (art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*), en cumplimiento del art. 49 CE, antes citado.

En el caso de los expedientes de protección patrimonial, su incidencia es la siguiente:



En materia de curatela, hay que traer a colación la STS de 24 de junio de 2013 (Ponente Seijas Quintana) que aborda esta materia reinterpretada a la luz de la convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad: «Se cita como infringida la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y de los arts. 199, 200 y 287 del Código Civil, puestos en relación con los arts. 10, 14, 23 y 96 de la Constitución Española. Considera que existe una clara desproporcionalidad en la medida adoptada en la sentencia, algo que también comparte el Ministerio Fiscal, una vez practicada la prueba en segunda instancia, por lo que solicitó la instauración de una curatela».

Por lo que se refiere al derecho de defensa y asistencia técnica, se propugna el derecho a la asistencia letrada, aunque su intervención no sea preceptiva conforme a las normas procesales y el nombramiento de abogado de oficio si carece de recursos económicos, incluso en los casos en los que la intervención del letrado no es preceptiva.

Se encuentra pendiente de estudio y reflexión la idea de dar un paso más para posibilitar la comparecencia del presunto discapaz con letrado, procurando por el Ministerio Fiscal que se lleve a cabo la

efectiva designación de profesionales para así satisfacer la tutela judicial efectiva.

Igualmente, se está en fase de estudio y reflexión el supuesto de sentencias dictadas en rebeldía por falta de Letrado y no comparecencia de la persona a quien se debe asistir, la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la posibilidad de proponer la intervención preceptiva de letrado de oficio en su caso.

En los internamientos sometidos a prórroga debe designarse Letrado y Procurador, o cuando menos informar del derecho a su designación.

Por otra parte, en las Diligencias preprocesales o informativas incoadas por vía de parientes o de la administración, debe exigirse por el encargado de la oficina de discapaces de la Fiscalía que se presente la documentación precisa, necesaria y suficiente para promover el procedimiento o actuación que se solicite, reduciendo al máximo la petición de diligencias de oficio por parte de Ministerio Fiscal.

Habrà que tener en cuenta la Circular 4/2013, *Sobre las diligencias de investigación*, que en su apartado XX, regula las Diligencias preprocesales en ámbitos no penales.

En lo que afecta al derecho de sufragio cabe señalar que en la comunicación de la Sección Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2013, se indica en la Conclusión Primera no solicitar en las demandas la privación del derecho de sufragio, posición que sigue la STS 24 de junio de 2013, que estima la pretensión del Ministerio Fiscal, abordando en particular el derecho de sufragio: «La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal».

Por lo tanto, la privación del derecho de sufragio se plantea como «excepcional» y difícilmente aplicable, al tener que repercutir en el «exclusivo interés» de la persona con capacidad modificada.

En cuanto a la reintegración de este derecho, en el punto 2 de la citada comunicación, se establece que «En el trámite previsto en el punto cuatro del art. 269 del CC, que impone al tutor, la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del incapacitado, se

requerirá expresamente a éste, a fin de que informe necesariamente sobre la rehabilitación del derecho de sufragio de la persona con discapacidad a su cargo, conforme al punto tercero del citado artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 232 CC o en el último inciso del art. 233 CC respectivamente, de exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o de la persona con capacidad modificada.

Además se establece que en la Memoria Anual se informará en apartado específico, sobre los expedientes de tutela o curatela examinados, y de las rehabilitaciones del derecho de sufragio llevadas a término.

Por lo que respecta al plazo de internamiento, debe destacarse la importancia de la doctrina constitucional fijada en la STC 141/12, de 2 de julio, al establecer que el plazo de setenta y dos horas previsto en el art. 763 LECivil es improrrogable y que la superación del mismo conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE., quedando abierta la vía para el procedimiento de *habeas corpus*. En este sentido resulta apremiante la confección de protocolos en materia de ingresos voluntarios con las Comunidades Autónomas.

Por lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares, cuando el interés y la protección del presunto incapaz lo requieran, se deben de solicitar medidas cautelares de índole personal o patrimonial conforme a lo dispuesto en el art. 762 en relación con los arts. 734, 735 y 736 LEC, medidas que se adoptarán siempre que se prevea una larga tramitación en las referidas diligencias, proponiendo en su caso un apoyo personal idóneo.

Como alternativa a la incapacitación se propone el expediente de jurisdicción voluntaria para los supuestos de enajenación de bienes inmuebles u otros actos jurídicos puntuales para los que se precisa el consentimiento. Frente al exceso del procedimiento de incapacitación con designación de tutor y ulterior incoación de expediente judicial de autorización de la enajenación (lo que pudiera chocar frontalmente con las prescripciones de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad y hasta tanto se adecue la legislación civil española –sustantiva y procesal– a las citadas prescripciones), cabe como alternativa a la incapacitación y mediante el juego combinado de los arts. 158 y 216, ambos del Código Civil, arbitrar un expediente de jurisdicción voluntaria que diera específica respuesta a la pretendida enajenación, dejando incólumes otros ámbitos de la persona.

Bajo una visión positiva de la retribución del tutor, se proponen como criterios para determinar su cuantía de acuerdo con lo dispuesto en el art. 274 CC:

a) El valor y rentabilidad de los bienes del tutelado y del trabajo a realizar por el tutor. El tutor nunca se puede enriquecer a costa de la tutela.

b) Las necesidades del pupilo, de manera que sólo cuando las necesidades del incapaz queden suficientemente cubiertas, cabrá la retribución al tutor.

c) El trabajo del tutor tiene que medirse tanto por la cualificación profesional que el mismo implique como por la cantidad de tiempo y la intensidad que requiera, lo que determinará por tanto el incremento o no de dicha retribución.

d) El rendimiento líquido de los bienes o su rentabilidad constituye el último factor para la determinación de la retribución del tutor.

Todo lo cual redunda en la conveniencia y utilidad de implantar modelos o protocolos de retribución.

La evolución interanual de la actividad del Fiscal en esta materia, se resume en el siguiente gráfico.

