

MUJER Y DISCAPACIDAD
Vivas Tesón, Inmaculada, Departamento de Derecho civil e Internacional
privado, Universidad de Sevilla, ivivas@us.es

RESUMEN

Según la reciente Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia –EDAD- del INE del pasado año 2008, de los 3,8 millones de personas con discapacidad residentes en hogares españoles, más de 2,3 millones son mujeres frente a 1,55 de hombres. Género y discapacidad interactúan colocando a las mujeres con discapacidad en una posición desigual respecto a los hombres y a todas las personas sin discapacidad, por lo que se puede afirmar que las mujeres con discapacidad sufren una doble (o, incluso, múltiple) discriminación, encontrando innumerables barreras que dificultan la consecución de objetivos de vida considerados como esenciales.

En la presente Ponencia se pretende analizar, desde el punto de vista jurídico, el binomio mujer-discapacidad investigando, conociendo y reflexionando acerca de cuál es la situación de la mujer con discapacidad en diferentes aspectos, con el fin de mejorar su calidad de vida y lograr erradicar estereotipos sociales discriminatorios del género femenino (madre, esposa y cuidadora).

PALABRAS CLAVE: mujer, género, discapacidad, igualdad

I. Introducción

1.1. Consideraciones previas

La mujer, hasta algo más de la mitad del siglo pasado, ha sido considerada un ser inferior, frágil e incapaz de tomar decisiones, dada su carencia de cualidades físicas y psíquicas. Se podría decir que el hombre se encontraba en un escalón más alto que la mujer. Tales diferencias intersexuales se hacían patentes en cualquier sector de la vida cotidiana, como en la educación, el trabajo, en el ámbito penal y dentro de la propia familia. El rol o papel a desempeñar en la sociedad por el hombre y la mujer eran muy diversos: mientras el hombre, dotado de fuerza, trabaja fuera de casa, se ocupa de la economía, de la política y, en la familia, es el jefe, el papel de la mujer, dotada de sensibilidad, se desarrolla exclusivamente *intra muros*, es decir, dentro de la casa, como esposa y madre.

Pues bien, cuando al género se une la discapacidad, tales diferencias intersexuales se duplican, esto es, la discriminación es doble y, consiguientemente, doblemente inadmisibile.



Es innegable que existen unos estereotipos sociales discriminatorios del género femenino que colocan a las mujeres (algunos prefieren hablar de “mujeres” en plural, para huir de la estandarización de un único tipo de “mujer”) con discapacidad en una posición desigual respecto a los hombres y a todas las personas sin discapacidad, por lo que se puede afirmar que las mujeres con discapacidad sufren una doble discriminación o marginación por el mero hecho de ser mujer (mejor dicho, por no ser hombre) y por no ser una mujer “plena”, discriminación que puede ser no sólo doble sino múltiple, en caso de tratarse de una mujer con discapacidad homosexual, de otra etnia, etc.

Las mujeres con discapacidad se encuentran, sin duda, en una situación injusta y lesiva de sus derechos humanos; ocupan un status inferior en nuestra sociedad, encontrándose en una situación de enorme desventaja social, económica, educativa y profesional. Son múltiples los obstáculos, a modo de “rampas”, que entorpecen y dificultan la consecución de objetivos de vida considerados como esenciales.

Naturalmente, todas las personas con discapacidad (menores, medianas y, muy especialmente, teniéndose en cuenta el progresivo envejecimiento demográfico, mayores¹), en cifras, 3,8 millones, esto es, un 8,5% de la población española, según la reciente Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia –EDAD- del INE del pasado mes de noviembre de 2008², necesitan de la ayuda y apoyo de todos, así como, no se olvide, sus familiares (con gran frecuencia y comprensiblemente, muy desorientados), que viven con enorme angustia y preocupación el futuro de sus seres queridos.

Sin embargo, el detenido análisis del binomio mujer y discapacidad está, a mi juicio, sobradamente justificado puesto que, según la citada EDAD, de los 3,8 millones de personas con discapacidad residentes en hogares españoles, frente a 1,5 millones de hombres más de 2,3 millones son mujeres, discapacidad femenina que supera a las masculina a partir de 45 años de edad, siendo inferior a la de los varones en los tramos de edad inferiores a 44 años.

A tal cifra ha de sumarse otra, nada desdeñable: la de las mujeres cuidadoras encargadas de atender a las personas en situación de dependencia. Según, de nuevo, la EDAD del INE de noviembre de 2008, el 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales son mujeres (esto es, 3 de cada 4 cuidadores principales son mujeres), con un perfil de una mujer de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Tal situación repercute, sin lugar a dudas, en su salud, en su vida económica, laboral, social y emocional, en definitiva, en su calidad de vida.

¹ V. VILLAGRASA ALCAIDE, C: *El envejecimiento de la Población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona 2002, ALONSO PÉREZ, M., MARTÍNEZ GALLEGO E. M^a y REGUERO CELADA, J. (coords.): *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004 y LASARTE ÁLVAREZ, C., MORETÓN SANZ, M^a F., y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.): *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

² Puede consultarse en www.ine.es/prensa/np524.pdf. Al respecto, *vid. PORTAL MAYORES (2008):*. “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD 2008). Primeros resultados”, Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, n^o 87 [Fecha de publicación: 13/11/2008] <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-estadisticas-edad-2008-01.pdf>>.

En la ponencia que aquí se presenta se contienen nuestras preocupaciones, inquietudes y consideraciones en torno al estado de la sensibilidad jurídica hacia las mujeres con discapacidad.

1.2. Una precisión terminológica

Aunque con suma brevedad, nos gustaría subrayar la especial trascendencia que reviste el uso de una precisa terminología a la hora de hablar o escribir sobre discapacidad.

No se trata de utilizar un lenguaje políticamente correcto, tan de moda en nuestros días, sino de construir pensamiento y cultura a través de la palabra, superando viejos prejuicios y estereotipos que, tal vez, sin ser siquiera conscientes de ello (de ahí, esta llamada a la reflexión), aparecen en el lenguaje de uso común de nuestra vida cotidiana.

Utilizamos diariamente, con extrema ligereza, los términos “*subnormal*” (dando por sentado, la persona que habla, su condición de “*normal*” en relación a sus capacidades), “*retrasado mental*”, “*tonto*”, “*mutilado*”, “*deficiente*”, “*minusválido*” (esto es, “*que vale menos*”), “*inválido*” (o lo que es lo mismo, “*no válido*”), “*lisiado*” y muchos más vocablos similares, sin duda alguna, epítetos poco respetuosos y discriminatorios hacia las personas con discapacidad y que denotan cierta actitud y valoración negativas o despreciativas, etiquetándolas como si fueran personas “*de segunda categoría*” dignas de lástima. Ello es debido, con toda probabilidad, a una enorme ignorancia y a una absoluta falta de sensibilidad y respeto al ser humano.

Todas las personas somos iguales con independencia de que tengamos o no discapacidad; por tener discapacidad no se deja de ser persona. Por consiguiente, debemos empeñarnos en eliminar cualquier connotación peyorativa, ofensiva e hiriente a la hora de designar el hecho de la discapacidad.

Así las cosas, debe prevalecer lo esencial, la condición de persona, sobre lo añadido o circunstancial, la discapacidad, evitándose, en lo posible, sustantivizar situaciones adjetivas de la persona, lo que conduce a un estúpido encasillamiento y consiguiente marginación social (blancos/negros; ricos/pobres y, por lo que ahora nos atañe especialmente, capacitados/discapacitados).

De acuerdo con ello, se recomienda algo tan sencillo como utilizar la expresión “*persona con discapacidad*” en lugar de “*discapacitado*”, al igual que “*persona en situación de dependencia*”, abandonando la calificación de “*dependiente*”. El esfuerzo es pequeño y, sin embargo, el resultado enorme.

Nuestro legislador, quien, naturalmente, también ha experimentado una evolución terminológica³, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de

³ A título de ejemplo, el legislador constituyente utilizó en el art. 49 la palabra “*disminuidos*” y en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI) se inclinó por “*minusválidos*”.

noviembre lleva por rúbrica “*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (no “*discapacitadas*”), y en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia⁴, en su Disposición Adicional 8ª, establece que las referencias contenidas en los textos normativos a los “*minusválidos*” y a las “*personas con minusvalía*”, se entenderán realizadas a “*personas con discapacidad*”, y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

Se trata, sin duda, de un importantísimo avance del cual debemos felicitarnos.

II. La mujer en el Derecho civil

2.1.- Panorama general

La mujer ha sido marginada, y mucho, por el Derecho Civil, y ello porque se parte del dato de que el Derecho Civil fue escrito por y para hombres y así fue plasmado en nuestro Código civil de 1889. En un mundo de dominio típicamente masculino, hombre fue el legislador y el Derecho que legisló tenía por protagonista al hombre, que lo era tanto en el terreno profesional como en el político y socioeconómico. Hoy, en un contexto social muy diferente al existente en el momento de la promulgación de dicho Cuerpo normativo, el hombre sigue siendo su protagonista, pero es asimismo un decisivo colaborador para que la mujer también lo sea. Ambos, el hombre y la mujer, son absolutamente indispensables para el Derecho Civil porque ambos tienen, con independencia de su identidad sexual, derecho a ser sujetos de Derecho.

Nos interesa especialmente la mujer hoy, en su proyección de futuro, de ello que nos preguntemos: ¿cuál ha sido la situación de la mujer desde 1889 hasta nuestros días?.

El C.c. con el que contamos es el mismo que originariamente fue promulgado, si bien ha recibido diversos *parcheos* -permítasenos la expresión-, esto es, sucesivas operaciones de cirugía estética que han intentado -unas veces con éxito y otras no- poner en lo posible de acuerdo norma y realidad.

En 1889, nuestro Código civil nacería ya viejo y atrasado en cuanto a la condición civil de la mujer, lo cual es comprensible si partimos del dato de que el Código no fue más que el Proyecto de 1851 postdatado y una mera reproducción del Código francés de 1804, con el que compartía íntegramente todo su espíritu antifeminista, razones éstas que justificaban sobradamente su censurable tinte anticuado y rancio en esta materia. Sus ejes fundamentales serían: obediencia de la mujer al marido y protección por éste de aquélla -art. 57-; la mujer debe seguir a su marido donde éste quiera fijar su residencia -art. 58-; representación de la mujer por su marido -art. 60-; licencia marital para actuar la mujer en la esfera de sus propios derechos -art. 61-; potestad doméstica o de las llaves concedida a la mujer -art. 62-; patria potestad del padre sobre los hijos comunes -art. 154-; consentimiento de los padres para poder abandonar la casa paterna las hijas mayores de edad pero menores de 25 años -art. 321- y, por último, sin ánimo

⁴ BOE núm. 299, de 15 de diciembre.

de exhaustividad, incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento -art. 1263.3º-.

En el pasado siglo, las dos guerras mundiales proporcionaron el germen necesario para luchar por la emancipación de la mujer y, en España, nuestra posguerra y el período dictatorial supusieron un innegable retroceso o involución, un paso atrás en el largo camino hacia la paridad.

Se comienza a poner manos a la obra -compleja, como bien puede intuirse- a través de algunas reformas legislativas, entre ellas, las Leyes de 20 de diciembre de 1952, 24 de abril de 1958, 22 de julio de 1972 y 2 de mayo de 1975 -esta última, la de mayor entidad al suprimir definitivamente la tan absurda e irritante licencia marital-, rebasada ya, por tanto, la primera mitad del presente siglo, reformas que no fueron en sí mismas radicales, sino que introdujeron con cierto miedo y cautela, dado el contexto social y, sobre todo, político y religioso en el que se elaboraron, algunas modificaciones, las primeras, encaminadas a restringir las parcelas del hasta entonces omnímodo poder masculino.

Sin embargo, el acontecimiento legislativo más decisivo lo constituirá, sin lugar a dudas, con el advenimiento de la democracia, la Constitución Española de 1978, con su art. 14 consagrador del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y su aplicación concreta al matrimonio contenida en el art. 32, preceptos ambos sumamente esenciales en todo Estado de Derecho. Las Leyes equiparadoras de reforma anteriores a la Constitución conservaban todas ellas el principio de jefatura familiar, con el cual sólo va a romper la Norma Suprema de nuestro Ordenamiento Jurídico, lo que provocará una notable quiebra en la forma de ver las cosas en lo que a la mujer se refiere.

Ya en clave constitucional, las principales reformas del Código civil son operadas por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, esta última más conocida como *Ley del Divorcio*, la Ley 13/1983, de 24 de octubre y la 21/1987, de 11 de noviembre, reformadoras del Derecho de Familia en cuestiones tan importantes como la filiación, la patria potestad, el régimen económico del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, tutela, adopción, guarda y acogimiento de menores. Algunos años más tarde, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación de varios artículos del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo supondría una expresa denuncia legislativa de los reductos aún existentes de diferenciación entre hombre y mujer y que habían escapado a todas las anteriores reformas acometidas en este sentido. Parece asombroso que hubiera que esperar hasta el año 1990, repárese en la data de la Ley –relativamente reciente-, para que existiese un serio intento de eliminar los desvíos del principio de igualdad aún remanentes en el Código civil. De todos modos, ¡más vale tarde que nunca!. En materia de nacionalidad, si bien algunos cambios fueron introducidos por la Ley de 1975 y la Ley 51/1982, de 13 de julio, las principales reformas fueron operadas en la década de los 90 por las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre. Por último, destaca la reciente Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

Tras este rápido recorrido por los principales *parcheos* del Código civil en cuanto a la patológica discriminación por razón de sexo en él latente desde su promulgación, podemos concluir en que ha existido un ascenso satisfactorio de la mujer en el proceso histórico del Derecho Civil. Sin embargo, se trata de un proceso todavía inacabado, pues no existe aún una plenitud jurídica absoluta entre el hombre y la mujer; el fenómeno es tendencialmente ascendente y positivo, hay muchos indicios que así lo ponen de manifiesto, mas no se ha alcanzado todavía la conquista definitiva.

Efectivamente, aún quedan resquicios o flecos de esa inferioridad social y, en consecuencia, legal de la mujer, de ello que algunas reglamentaciones se presenten todavía muy necesarias para superar la marginación de la mujer que persiste en nuestro Derecho Civil. Es preciso un ajuste legal de la *praxis*, esto es, la igualdad de sexos en las dimensiones personal, social y familiar ha de penetrar en el Derecho, ya que, en nuestra modesta opinión, el logro equiparador ha de conseguirse en dichos ámbitos con carácter previo a su plasmación por el Derecho. Como es sabido, el Derecho sólo recoge en su ordenación las realidades que ya funcionan social o familiarmente, ya que el Derecho supone la formalización o recepción del hecho por la norma y, por desgracia, en las relaciones de género, el compás entre el hecho y la norma textualizada no está totalmente armonizado, sino todo lo contrario, hay una más que evidente distonía en la que toda realidad presenta una mayor fiabilidad que cualquier predicción legislativa.

2.2.- Un breve apunte sobre la situación de la mujer casada

En el estudio de la problemática hombre *versus* mujer en el Derecho Civil, la discriminación se palpa en relación a toda mujer, aunque, más decisivamente, en la mujer casada.

La mujer soltera, tras ser considerada durante mucho tiempo tan incapaz como el menor, dada su carencia de cualidades físicas y psíquicas -la llamada *imbecilitas sexus* o *fragilitas*- que la hacían no pasar casi de un objeto o de tener una ínfima condición de persona, en la actualidad, dentro de nuestra área cultural, ha adquirido un papel o posición con un mayor margen de maniobra, de modo que hoy puede afirmarse la idéntica capacidad -en nuestros días, la diversificación de las personas en orden a su capacidad de obrar se establece exclusivamente entre mayores y menores de edad- e independencia -la mujer soltera puede abandonar la casa paterna en cualquier momento y sin licencia de ninguno de sus progenitores, tal y como exigía el afortunadamente derogado art. 321 C.c.- del hombre y de la mujer, razón por la cual podemos decir que, para el actual Derecho Civil, la mujer soltera y el hombre soltero se encuentran plenamente equiparados.

Como decimos, esta mujer sola, en cuanto mujer, ha sido mucho menos discriminada que la mujer en cuanto a su posición dentro del matrimonio, hasta el punto de poder sostenerse que la mujer soltera y la viuda son iguales al hombre, no así la casada.

La mujer ha constituido objeto de regulación por el Derecho en razón, esencialmente, a su papel y posición dentro de la familia, siendo en el seno de ésta donde la mujer va a sufrir un trato discriminatorio. Tan es así, que la mujer soltera incapaz y sometida a la potestad familiar pasaba a encontrarse en una situación aún

peor cuando se decidía a contraer matrimonio, nuevo estado conyugal que, en lugar de auspiciarle nuevas cotas de libertad o reconocimiento de derechos, la hacía caer en un situación de profunda desigualdad y discriminación.

Las discriminaciones en la familia han estado en función de la atribución del puesto de mando y el de cooperación. Secularmente al hombre y a la mujer se le han atribuido cometidos distintos en el seno de la familia de acuerdo con una concepción jerárquica y vertical de la familia en la que el marido era jefe, centro de decisiones, persona en la que se reunía la potestad marital y paterna, concepción ésta ajena por completo a la emancipación jurídica de la mujer casada.

Si la mujer soltera soportaba una incapacidad genérica en virtud de su sexo, en el caso de la mujer casada a esta incapacidad se superponía otra específica por razón de matrimonio. La mujer soltera, al casarse, se liberaba del poder paterno subsumiéndose en un nuevo estado de máxima dependencia o esclavitud familiar. Sencillamente, cambiaba de poder de dominación: si antes dependía del padre ahora depende de la persona que ha elegido -en ocasiones, incluso, le han elegido- como marido. No había más que un tránsito de poder del padre al marido, sin saberse que era peor, pues, por lo menos, al primero le unían vínculos de sangre, mientras que el segundo no pasaba de ser un extraño. En definitiva, un mero accesorio del jefe de familia (padre o marido).

Con el pasar de los años, se irá fortaleciendo la condición de la mujer casada, proclamándose el principio de igualdad jurídica entre ambos sexos y, más especialmente, entre los cónyuges, paridad consagrada, como es sabido, en los arts. 14 y 32.1º CE⁵.

2.2.- Mecanismos privados de protección patrimonial de la discapacidad

Hasta hace poco tiempo, en nuestro Código civil, encontrábamos sólo la incapacitación judicial⁶ de la persona y el consiguiente sometimiento a un régimen de guarda como único instrumento jurídico protector de la persona y de su patrimonio, pero dicha institución, como ha quedado largamente demostrado, no se ajusta plenamente a todas y cada una de las situaciones en las cuales puede encontrarse una persona con discapacidad, no siendo el mejor modo de dotarla de protección legal.

Afortunadamente, el legislador se ha dado cuenta de todo ello (*¡no siempre sucede!*) de ahí que, en los últimos años, desde 2003 (declarado “Año Europeo de las personas con discapacidad” por Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001)⁷, nos haya obsequiado, en cumplimiento del deber de los poderes públicos de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de estos ciudadanos en

⁵ Más en extenso, VIVAS TESÓN, I.: *La situación de la mujer en el Derecho Civil en Igualdad y mujer: las normas y su aplicación (1988-1998)*, junto a las Prof^{as}. D^{as}. Ruth RUBIO MARÍN y Miriam HERRERA MORENO, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, vol. 3º, págs. 299-398.

⁶ Preferimos ver la incapacitación en términos positivos como una forma de “*capacitación*”, expresión muy gráfica utilizada, con gran acierto, en ALVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, 1999, pág. 141.

⁷ DOCE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

situación de vulnerabilidad social que impone el art. 49 de la Constitución de 1978⁸, con una profusa normativa con el fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida a las personas con discapacidad a través de medidas jurídicas que permitan brindarles autonomía y bienestar económicos⁹. La reciente ratificación¹⁰, por parte de España, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y de su Protocolo Facultativo)¹¹ constata su firme compromiso por promover la plena integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad.

Pues bien, dentro del espectacular avance legislativo en la materia, destaca, especialmente, 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 (en adelante, LPPD)¹², que entró en vigor al día siguiente de su publicación¹³, la cual se ha ocupado de la tutela económica de la persona con discapacidad en su vertiente jurídico-privada (por tanto, al margen de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda a través de prestaciones sociales, subvenciones, ayudas, etc.), operando, en

⁸ El citado precepto constitucional dispone: “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, 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*”. Para un estudio detallado de sus antecedentes y significado, vid. DE LORENZO, R./PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 63-79.

⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, pág. 891, la califica, de manera enormemente gráfica, de “instrumentos que, al modo de rampas y ortopedias jurídicas, faciliten el tránsito de la persona con discapacidad por el mundo del derecho patrimonial”.

¹⁰ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo de 2008.

¹¹ V. CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Colección La Llave, Madrid, 2007 y RUBIO TORRANO, E.: “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14, págs. 11-13.

¹² Es obligado hacer, aquí, un apunte legislativo. La Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la LPPD establece que “*la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código civil*”. Lo así dispuesto podría pasar desapercibido si no fuera por lo que después en el articulado de la LPPD, en concreto, el art. 1, apdo. 2º, se preceptúa: “*El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*”. Surge, de inmediato, una pregunta: ¿a qué se refiere la Ley cuando habla de “*aplicación preferente*” de esta norma sobre la regulación de la incapacitación?; ¿en qué lugar quedan los Derechos civiles autonómicos que hayan regulado o regulen la cuestión (la EM habla, inexplícitamente, en pasado, excluyendo aquellas normas que, tras la entrada en vigor de la LPPD, pudieran ser aprobadas sobre la materia)? Con el fin de clarificar adecuadamente tales dudas, el Parlamento de Cataluña promovió un recurso de inconstitucionalidad contra el citado art. 1, apdo. 2º de la LPPD, recurso de inconstitucionalidad núm. 1004/2004 que, siendo admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante Providencia de 13 de abril de 2004 (BOE núm. 102, de 27 de abril de 2005), está, hoy, pendiente de resolución.

¹³ BOE núm. 277, de 19 de noviembre.

nuestro Ordenamiento jurídico, significativas modificaciones en instituciones clásicas y creando *ex novo* instrumentos negociales de indudable calado jurídico¹⁴.

Dicha Ley permite prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole¹⁵ y, por consiguiente, permitirle vivir mejor su vida adulta.

Junto a, entre otras, la autotutela, el mandato preventivo, la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial y la consagración legal del contrato de alimentos, se rompe con la, hasta entonces, “cuasisagrada” intangibilidad de la legítima al permitirse gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, introduciéndose, como novedad muy destacada, la figura jurídica del patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, bien psíquica (33%), bien física o sensorial (65%), con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 C.c., presupuesto, en cambio, necesario, como acabamos de señalar, para gravar la legítima¹⁶.

Basta, pues, a tenor de lo dispuesto por el art. 2 LPPD, con la incapacitación administrativa –no la judicial-, esto es, con acreditar suficientemente el grado de minusvalía legalmente establecido, a través de certificado reglamentario expedido por la Administración Pública correspondiente¹⁷ o de resolución judicial firme¹⁸.

¹⁴ A tales mecanismos previstos en la LPPD se añaden otros, como la hipoteca inversa, figura jurídica importada del Derecho Anglosajón creada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre).

¹⁵ Como afirma GALLEGO DOMINGUEZ, I.: “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. por J. PÉREZ DE VARGAS, La Ley-Actualidad, Madrid, 2007, pág. 115, “las medidas recogidas en esta Ley están presididas por una idea base: la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. En los últimos tiempos parecía haber un predominio de las medidas públicas de protección sobre las privadas. El legislador, consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades de estas personas necesitadas de un modo adecuado, vuelve sus ojos –no necesariamente misericordiosos- al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares, establece y potencia medidas propias del Derecho privado”.

¹⁶ Para un estudio más detallado de tales figuras, vid. VIVAS TESÓN, I.: *La protección económica de la discapacidad*, Barcelona, 2009.

¹⁷ V. RD. 1971/1999, de 23 de diciembre sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, posteriormente modificado por el RD. 1169/2003, de 12 de septiembre y por la Disp. Fin. 3ª del RD. 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Para un estudio pormenorizado, vid. SALAZAR MURILLO, J.: “Reconocimiento legal de la discapacidad”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J.L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 735-777.

¹⁸ Este último inciso del art. 2.3 de la LPPD que alude a la determinación judicial del grado de minusvalía no se alcanza a comprender, puesto que no se sabe de qué orden jurisdiccional debe provenir dicha resolución, si de la social –en vía de impugnación de una previa calificación administrativa de minusvalía-, o de la civil –si el juez que conoce de un procedimiento de incapacitación judicial tiene competencia para reconocer y graduar la discapacidad del demandado-.

Repárese en que, de este modo, la LPPD ha dado entrada en el Derecho civil a un término propio del Derecho Administrativo, “*minusvalía*”, y, conforme a ello, una valoración administrativa de carácter técnico¹⁹ va a tener, sorprendentemente, importantes efectos civiles, entre ellos, la atribución *ope legis* de la condición de representante legal a la persona voluntariamente nombrada para administrar el patrimonio protegido constituido *ex art.* 5.7 LPPD, sin que, como estamos acostumbrados (vgr. tutor, defensor judicial o representante del ausente), exista intervención judicial alguna en su nombramiento, lo que es, cuanto menos, insólito.

Una primera lectura de la LPPD ofrece, sin duda alguna, una visión tremendamente positiva, entre otras razones, por introducir, por vez primera, en el Derecho civil, el término “discapacidad” (debidamente acreditada), el cual, colocándose junto al único existente hasta el momento, “incapacitación judicial”, va a producir efectos civiles de gran trascendencia²⁰, además de por los instrumentos tuitivos que contempla, provocando, de inmediato, una enorme sensación de alivio y satisfacción por haber logrado que el legislador civil se preocupara, por fin, de dar apoyo a muchas personas que, desde hacía tiempo, lo necesitaban y esperaban.

Sin embargo, un detenido análisis de tan bondadosa Ley, además de suscitar numerosos interrogantes como si su elaboración hubiera sido apresurada y estuviera aún inacabada (es, cuanto menos, llamativa la gran confusión que genera el hecho de que algunas de las medidas negociales estén previstas para cualquier persona, con discapacidad o no, siendo la LPPD sólo la ocasión para tipificarlas legalmente –vgr. el contrato de alimentos–, otras son aplicables a la persona con discapacidad, con independencia de que haya sido o no declarada judicialmente incapacitada –vgr. el patrimonio protegido–, incapacitación judicial que, en cambio, sí es presupuesto necesario para otras –vgr. la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta–)²¹, permite concluir que algunos de los mecanismos privados de protección económica

Acerca de la cuestión, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 779-810. Asimismo, la autora de estas líneas ha presentado recientemente la comunicación titulada “Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en el Congreso Nacional “Derecho y Discapacidad: Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad”, celebrado en Zaragoza, los días 28 y 29 de abril de 2009.

¹⁹ Concretamente, la resolución de la solicitud se funda en el reconocimiento por un Equipo de Valoración y Orientación (más conocido como EVO) del Centro Base correspondiente, el cual está formado por un médico, un psicólogo y un trabajador social y en la emisión de un dictamen técnico-facultativo en el que se expresa el porcentaje de la minusvalía mediante la aplicación de baremos contemplados en el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, concretamente, en el Anexo I.

²⁰ Con anterioridad a la LPPD, la obtención del certificado administrativo de minusvalía era útil, exclusivamente, para acceder la persona y/o sus familiares a un amplio abanico de ayudas y beneficios sociales y económicos relativos a los programas y servicios de salud, educación, empleo, ocio, adquisición y adaptación de la vivienda, transporte, atención personal, prestaciones económicas (ej. pensiones no contributivas de jubilación e invalidez -con el 65% de minusvalía- y prestación familiar por hijo a cargo) y deducciones y exenciones fiscales (ej. deducciones en el IRPF y exención del Impuesto de matriculación y circulación en la compra de vehículos).

²¹ Para LEÑA FERNÁNDEZ: “Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”, cit., “la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas” –pág. 888–, pese a lo cual muestra una posición sumamente favorable: “aprecio en ella su apertura a espacios de libertad” –pág. 889–.

de la discapacidad previstos en ella sólo están al alcance de unos pocos privilegiados, en concreto, de quienes gocen de un determinado status patrimonial en el cual, precisamente, no se encuentran la mayoría de los españoles que, en estos momentos, no pueden siquiera afrontar el pago del préstamo hipotecario a fin de mes. El legislador, si se nos permite la expresión, *nos ha dejado con la miel en los labios*.

En nuestra modesta opinión, se acaba de perder una magnífica ocasión para colmar las lagunas detectadas y solventar las dudas generadas en la aplicación práctica de la LPPD durante estos cinco años de vigencia, puesto que, recientemente, ha sido aprobada la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad²², reforma que tiene como principal propósito convertir el Registro Civil en un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacitación judicial de personas que no pueden gobernarse por sí mismas, así como facilitar la puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

III.- Mujer con discapacidad y violencia de género²³

La relación de dominación de un sexo a otro, íntimamente conectada a la secular concepción jerárquica y vertical de la familia en la que el marido era el jefe, desgraciadamente aún persiste en nuestros días, no ya dentro de la ley sino fuera de ella, provocando situaciones de violencia, las cuales, según las estadísticas, afectan especialmente a la mujer²⁴.

Es indudable que, en materia de violencia de género, las mujeres con discapacidad presentan una singularidad que precisa una específica atención.

Cuando la discapacidad se suma al género, la situación de dominación sobre ella es aún más humillante si cabe, puesto que se trata, de un lado, de una persona especialmente vulnerable (p. ej. mujer ciega, sordomuda, parapléjica en silla de ruedas o con enfermedades degenerativas como el Alzheimer o Parkinson) y, de otro, de una víctima de abusos y malos tratos que, quizás, no sea capaz de enfrentarse a dicha situación y presentar una denuncia por sus dificultades de aprendizaje, comunicación o movilidad, o, sencillamente, por no ser consciente de estar siendo víctima de malos tratos, o bien si presenta la denuncia, que no se le dé credibilidad, que existan problemas de comunicación o que pueda ser manipulada

²² BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

²³ Dado que las personas tienen sexo mientras que son las cosas las que tienen género, un Informe de la Real Academia de la Lengua sobre la expresión “violencia de género” aconseja el uso de expresiones como “violencia doméstica”, “violencia contra la mujer” o “violencia por razón de sexo”.

²⁴ Las mujeres son mucho más vulnerables a los abusos y malos tratos que los hombres: tanto en España como en otros países de la Unión Europea se barajan cifras según las cuales en torno al 40% de las mujeres sufren malos tratos físicos. También las personas con discapacidad son receptoras de mayor número de abusos que las personas sin discapacidad (en una ratio de dos a cinco veces más).

para retirarla, lo cual facilita mucho las cosas al agresor o maltratador, pues todo queda *intra muros* (en casa o dentro del centro residencial si la agresión proviene del cuidador); dicha situación queda oculta, invisible, ignorada, lo que contribuye a que se perpetúe y quede impune, lo cual es intolerable.

Así, pues, el género y la discapacidad (al igual que otras circunstancias como la orientación sexual, la etnia, etc.) inciden, significativamente, en la probabilidad de ser objeto de actos o prácticas violentas o de sufrir la violencia pasiva mediante el abandono y la privación de derechos.

Nuestro legislador ha tomado conciencia de ello, y, así, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual ha de recibir, sin duda, una valoración muy positiva, pues es la primera vez que en Europa se da una solución integral a la violencia de género o, con mayor rigor, “contra la mujer”, se realizan referencias expresas a la discapacidad, prestándose, en consecuencia, especial atención a las mujeres con discapacidad:

- respecto a los Planes de sensibilización, el art. 3.3 dispone que las *“campaññas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.”*
- En cuanto a la garantía de los derechos de las víctimas reconocidos en la Ley, el art. 17.1 establece que se aplicarán sobre todas las mujeres víctimas de la violencia de género con independencia de *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*
- En cuanto al derecho de información, el art. 18.2 prevé una protección especial a las mujeres con discapacidad víctimas de la violencia de género en el *“acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes”*. Así, se presta una atención específica a personas con discapacidades de comunicación, debiendo ofrecerse dicha información *“en formato accesible y comprensible... tales como lengua de signos y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.”*
- La Ley prevé diversas ayudas sociales en sus arts. 27.2 y 27.4. La cuantía general de la ayuda es equivalente a 6 meses de subsidio de desempleo, pero cuando la víctima de la violencia de género tiene una minusvalía en grado igual o superior al 33%, se eleva a 12 meses de subsidio de desempleo. En caso que la víctima tenga responsabilidades familiares, la ayuda general se eleva a 18 meses, pero si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tienen una minusvalía en grado igual o superior al 33%, la cuantía se incrementa hasta los 24 meses de subsidio.
- El art. 32.4 de la Ley, dedicado a los llamados Planes de Colaboración, dispone: *“En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de*

género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad.”

- Por último, en materia de formación de los poderes públicos, también el art. 47 tiene en cuenta la discapacidad: “*El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.*”

En nuestra modesta opinión, nada de lo previsto en la Ley es posible si persiste la “invisibilidad” de la violencia, activa y pasiva, ejercida contra las mujeres con discapacidad, lo que impide que pueda combatirse de modo efectivo.

Para lograr la “visibilidad” es preciso prevenir las situaciones de violencia, proporcionando información a las mujeres con discapacidad para que conozcan los recursos existentes, que la situación que están viviendo es denunciabile y qué trámites han de seguir para denunciarla, los tipos de malos tratos, los distintos servicios con los que cuentan; en definitiva, sus medios de defensa.

Para ello nos parece esencial:

- organizar talleres y cursos de formación contra la violencia de género en mujeres con discapacidad
- suprimir las barreras de comunicación y de acceso a la información tanto en comisarías, juzgados, centros de salud, centros de acogida, etc. (que deben tener intérpretes de Lengua de Signos Española) como en los medios de comunicación (p. ej. las campañas mediáticas e informativas sobre la violencia de género transmitida por TV y radio, por su alto contenido verbal, no están adaptados a las mujeres sordas).

IV.- La situación de las mujeres con discapacidad intelectual reclusas en nuestros centros penitenciarios

Otro aspecto que queremos abordar en estas apretadas líneas es el de la situación en la que se encuentran las mujeres con discapacidad que cumplen penas privativas de libertad en centros penitenciarios²⁵.

25 V. SANTOS URBANEJA, F.: “Varias cuestiones relativas al tratamiento penal y penitenciario de discapacitados intelectuales y enfermos mentales”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. Nº. 92, 2006 (Ejemplar dedicado a: La respuesta judicial ante la enfermedad mental, VENTURA MAS, S. y SANTOS URBANEJA, F. (dir.), págs. 211-252 y “El discapacitado autor y víctima de delitos”, en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 487 y ss.;

Al respecto, apuntaremos algunas cuestiones distinguiendo:

a) Medidas penitenciarias

En cuanto a los centros penitenciarios, creemos que buena parte de los reclusos y reclusas con discapacidad no deberían de estar “entre rejas”, si bien, socialmente, conviene tenerlos “encerrados” por su peligrosidad para la sociedad y para su propia familia, en muchas ocasiones, sujeto pasivo de los delitos por ellos cometidos y, además, porque ante la falta de respuesta de otras instituciones o servicios sociales (falta de plaza en un centro de la sanidad pública, dejadez de la Administración en el ejercicio de su tutela, etc.), la cárcel es la única solución posible.

Sin embargo, las personas con discapacidad intelectual no entienden la trascendencia de sus acciones, no son conscientes (a veces, tienen un gran desfase entre la edad cronológica y la mental) de que “delinquen” (principalmente, cometen delitos contra el patrimonio), no son realmente responsables de sus actos, no son auténticos delincuentes, y, por tanto, la cárcel, en la que viven con los demás internos, no es el lugar adecuado para ellas pues son especialmente vulnerables y susceptibles de ser manipuladas.

Así las cosas nos encontramos con cárceles masificadas y convertidas en “manicomios”.

Por ello, creemos que deben:

- prevenirse las situaciones de delincuencia e internamientos de las personas con discapacidad
- existir los medios necesarios para detectar la discapacidad en el propio procedimiento penal y obtenerse sentencias más rehabilitadoras
- proporcionarse soluciones alternativas para que las personas con discapacidad puedan cumplir las penas privativas de libertad en centros adaptados a sus características y en colaboración con las Entidades Tutelares
- promoverse su reinserción social y laboral.

En definitiva, la Administración Penitenciaria tiene el reto de que las personas con discapacidad psíquica no entren en la cárcel, y, si entran, que no vuelvan a entrar por la comisión de un nuevo delito.

Ni que decir tiene que el problema no es otro que el de la falta de medios humanos y materiales.

REVIRIEGO PICÓN, F.: “Discapacidad y centros penitenciarios”, *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (Coord), Dykinson, Madrid, 2006 y “Centros penitenciarios y personas con discapacidad”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 56, enero 2009, págs. 28-40.

Ha de decirse que la situación es preocupante en relación a todas las personas con discapacidad internas en centros penitenciarios, sin distinguir entre hombres y mujeres, sino de hablar de personas con discapacidad intelectual.

Sí reviste interés, en cambio, realizar dicha diferenciación en cuanto a que el principio de separación de internos según cualidades o situaciones procesales y penitenciarias (es decir, separación interior de la población penitenciaria no sólo entre hombres y mujeres, sino también entre jóvenes y adultos, preventivos y penados, primarios y reincidentes), exigido tanto por la Ley penitenciaria como por su Reglamento, no se respeta, en general, para las mujeres (principalmente, por problemas de espacio y porque su porcentaje, alrededor de un 8,22% de la población encarcelada, es considerablemente inferior al de los varones reclusos, un 91,78%) y sí, en cambio, en el caso de los hombres.

b) Medidas penales²⁶

- no deja de causarnos gran perplejidad el art. 268 de nuestro Código Penal, el cual contempla la excusa absoluta de responsabilidad penal para los parientes (ascendientes, descendientes y hermanos) por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. Ello quiere decir que, conforme a dicho precepto, ciertas relaciones de parentesco entre autor y víctima dan lugar a la impunidad del autor en algunos delitos patrimoniales (básicamente, si no se hace uso de violencia o intimidación), sobre la base de ser innecesaria la sanción por razones de política criminal. Desde aquí apuntamos a la urgente necesidad de que dicho precepto sea modificado en el supuesto en el que el perjudicado por el delito sea una persona con discapacidad.
- La esterilización del incapacitado está contemplada en el art. 156.2 del CP²⁷, que, al tipificar las lesiones, dispone²⁸: “*sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz*”. Por tanto, la esterilización compete al Juez civil, no al penal. En cuanto a la esterilización no voluntaria por razón de discapacidad, que se ha convertido “alegremente” en práctica habitual, la Convención de

²⁶ LATORRE LATORRE, V. (coord.): *Mujer y Derecho Penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

²⁷ V., entre otros, MUÑOZ CONDE, F.J.: “La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994”, en *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 2, págs. 185-210 y DÍAZ PITA, P.: “La esterilización de incapaces afectados por graves deficiencias psíquicas: cuestiones procesales”, en *Actualidad Penal*, núm. 42, 1995, págs. 809-838 y en *Revista de Estudios Criminales*, núm. 20, 2005, págs. 39-55.

²⁸ Contra su antecedente legal, el art. 428 del CP de 1989, se planteó cuestión de constitucionalidad alegándose contradicción de la norma legal con el art. 15 CE. El TC, en su S. 215/1994, de 14 de Julio (BOE de 18 de Agosto), resolvió el recurso planteado declarando que la esterilización de las personas con discapacidad intelectual prevista en el CP no era contraria a la Constitución.

Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 obliga a introducir reformas que asuman un principio básico: *la vida y la integridad de una persona con discapacidad son derechos fundamentales que no pueden verse vulnerados*, lo que determina un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer con discapacidad.

Descrita, sucintamente, la situación de las personas con discapacidad en los centros penitenciarios, ha de decirse que en dicho ámbito se están producido importantes avances legislativos que afectan a las personas con discapacidad.

En Andalucía, destacan las recomendaciones de los Informes del Defensor del Pueblo Andaluz sobre la situación de los enfermos mentales y de los deficientes mentales en los centros penitenciarios andaluces, así como la temprana Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, que en su art. 36 dispone: *“se atenderá a las personas con minusvalía psíquica que se vean obligadas a cumplir pena de privación de libertad en centros penitenciarios, promoviendo, además, programas sociales que posibiliten a los jueces y tribunales adoptarlos como medidas sustitutivas. Para ello los servicios sociales se coordinarán con la administración competente en instituciones penitenciarias y con el poder judicial”*.

Sin abandonar la Comunidad Autónoma Andaluza, ha de señalarse que la Junta de Andalucía en colaboración con la Confederación española de organizaciones a favor de las personas con discapacidad intelectual, FEAPS-Andalucía, está trabajando en la atención al colectivo recluso con discapacidad intelectual mediante el *“Programa Cárcels”* o *“Programa de Atención a Personas con Discapacidad en supuestos de Privación de Libertad”*, creando las *“Unidades de Intervención en Centros Penitenciarios”* (contemplan la contratación y formación de profesionales especializados en la detección, diagnóstico y tratamiento, en casos de discapacidad intelectual de la población reclusa), se reconoce la minusvalía, se mantienen contactos permanentes con las familias para evitar el desarraigo, se realizan salidas terapéuticas extramuros, etc.²⁹

Otros centros penitenciarios, como el de Segovia, están desarrollando también programas con presos con discapacidad intelectual, iniciativa que debe, necesariamente, extenderse a otros centros.

En nuestra opinión, resulta fundamental que en tales programas se prepare su salida en libertad, su reinserción social (doble estigma por ser ex preso y por tener discapacidad mental) y evitar, en lo posible, que vuelva a entrar en la cárcel. Para ello pueden ser útiles algunos instrumentos jurídicos como la incapacitación judicial (cuando se den los presupuestos jurídicos para ello³⁰) o el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico.

²⁹ En 2008 se atendió a 664 personas con discapacidad intelectual internadas en 13 centros penitenciarios de Andalucía, se reconoció la minusvalía a 321 internos, mientras que otros 64 realizaron salidas terapéuticas.

³⁰ Una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico (criterio médico), carácter persistente de la enfermedad o deficiencia (criterio temporal) e imposibilidad de autogobierno (criterio jurídico), ex art. 200 C.c.

Muy útil para aquellos pacientes mentales con trastornos severos y refractarios al tratamiento para quienes el internamiento psiquiátrico es una medida excesiva e innecesaria puede serlo el tratamiento ambulatorio involuntario (conocido como TAI), un instrumento intermedio entre la incapacitación y el ingreso involuntario.

Dado que el tratamiento ambulatorio involuntario es un instrumento coercitivo del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) y no está expresamente reconocido por la ley y, por tanto, no resulta legitimada dicha coacción, dicha solución, en la práctica judicial, resulta rechazada en la gran mayoría de los casos en los que se solicita.

No obstante, pese a la falta de cobertura legal, ocasionalmente, se ha autorizado judicialmente dicha medida bajo la consideración de que, siendo beneficiosa para el enfermo, es menos restrictiva que la privación de libertad que implica el internamiento en un centro especializado, sí expresamente contemplado en la LEC-2000 (“*quien pueda lo más puede lo menos*”).

Otro argumento jurídico a favor de la admisión, en el Derecho Español, de tal medida terapéutica en protección de la salud mental del enfermo psíquico sin concurrir su consentimiento lo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo), aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996 y que fue ratificado por España el 23 de julio de 1999³¹. Su art. 7 (Protección de las personas que sufran trastornos mentales) dispone: “*La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos*”.

En esta línea, encontramos la reciente SAP. de León, Sección 3ª, de 17 de enero de 2008³²: unos padres solicitaron la autorización judicial para que su hija, que padecía una patología psiquiátrica, fuera sometida a TAI por el equipo de Salud Mental de Ponferrada. El Juzgado de Primera Instancia nº. 2 de dicha localidad denegó la autorización por entender que no se trataba de un internamiento no voluntario previsto en el art. 763 LEC. Los padres interponen recurso de apelación insistiendo en la solicitud inicial, el cual es estimado por la AP., que en los Fundamentos Jurídicos de su Sentencia establece:

“SEGUNDO.- El recurso va a ser estimado.

Cierto es que el art. 763 L.E.C. no contempla el tratamiento ambulatorio involuntario, aludiendo solo al internamiento forzoso, entendiendo nosotros que si puede acordarse el internamiento forzoso de un enfermo mental, ninguna dificultad habrá en admitir que puede acordarse el sometimiento de un enfermo a un tratamiento ambulatorio, medida menos restrictiva de derechos fundamentales y que puede encontrar soporte legal en la aplicación analógica del art. 763 L.E.C, en las medidas cautelares innominadas que autorizan los art. 762 L.E.C. y 158 C.C así

³¹ El Instrumento de ratificación se publicó en el BOE núm. 251, de 20 de Octubre de 1999.

³² JUR 2008, 125374.

como en el conocido como Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 (BOE de 20-10-1999).

TERCERO.- Así pues entendemos que ningún obstáculo existe a que pueda acordarse la medida tratamiento ambulatorio con carácter forzoso de una persona que padezca una patología psiquiátrica, no tenga conciencia de la enfermedad y se niegue a someterse a tratamiento o lo abandone, medida que ha de adoptarse siempre en beneficio del enfermo y siguiendo los trámites previstos en el art. 763-3 y 4 L.E.C . oyendo a la persona afectada, al Ministerio Fiscal, examinando el Juez por sí mismo a la persona afectada y oyendo al Médico Forense, decidiendo a continuación si procede o no autorizar el tratamiento que se solicita”.

En el plano normativo, hemos estado a punto de dar un decisivo paso adelante (no exento de polémica) en cuanto al reconocimiento legal expreso del TAI, paso que, sin embargo, se ha debido detener repentinamente. Nos explicamos.

El Proyecto de Ley 121/000109 de Jurisdicción Voluntaria³³ para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil³⁴, contenía un CAPÍTULO IX rubricado “*De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos*”, integrado por los arts. 84 a 87³⁵. Hablamos en pasado porque, como es sabido, el 24 de octubre de

³³ En cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Final 18ª de la LEC-2000, aunque con un considerable retraso.

³⁴ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, de 27 de octubre de 2006 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_109-01.PDF).

³⁵ Art. 84. Ámbito de aplicación.

Se aplicarán las disposiciones del presente Capítulo a los supuestos en los que sea necesario autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, ante la falta de capacidad de decisión del paciente y cuando así lo requiera la salud del enfermo.

Art. 85. Legitimación.

1. Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.

2. Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido.

Art. 86. Solicitud y procedimiento.

1. La solicitud de autorización de tratamiento no voluntario para el enfermo psíquico se realizará mediante propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del mismo.

2. Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia al solicitante, al paciente, así como al Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones, el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual. Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad del tratamiento.

Art. 87. Resolución.

2007, fecha fijada para la votación del Proyecto de Ley en el Pleno del Senado, el Gobierno decidió retirarlo³⁶.

¡Habrá que seguir esperando! De todos modos, la iniciativa del legislador es, desde nuestro particular punto de vista, digna de aplauso.

1. En la resolución que se dicte mediante auto motivado, deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.

2. Asimismo, se establecerán los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas. El tribunal podrá acordar que los informes periódicos sean remitidos en plazos inferiores, atendida la naturaleza del trastorno psíquico.

3. En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez.

4. En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del internamiento o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.

³⁶ Boletín Oficial del Senado de 26 de Octubre de 2007, serie II-Nº 115 (E).



