

VALORACIONES DE LA LEY 5/2015, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, DESDE EL DESEMPEÑO DE LOS APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Torcuato Recover Balboa

Asesor Jurídico de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares

1. Una ocasión perdida

La primera valoración que podemos hacer del texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de Julio) es la de que el legislador ha perdido una magnífica ocasión para afrontar el tema y adecuar la regulación en materias como el actual procedimiento de modificación de la capacidad, o lo que el Código sigue denominado como figuras de guarda, para acomodarlo a lo que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en estas materias.

El vigente texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) se dirigió exclusivamente hacia la reforma procesal de los procedimientos contenciosos, renunciando expresamente a abordar la reforma de la Jurisdicción Voluntaria. El legislador comprometió que en el plazo de un año (Disp. Adicional 18ª) había de presentarse el proyecto de una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria que, sin embargo, se ha retrasado quince años. Pero ese retraso podría haber servido para acoger en su texto cuestiones de gran impacto sobre la materia a la que la misma se refiere, como la aprobación, ratificación por España y entrada en vigor de la citada Convención, que, sin embargo, no pasa de ocupar un párrafo en la Exposición de Motivos (III), en la que, realmente se reconoce la realidad, es decir, que en el nuevo texto legal, la influencia de la citada Convención ha consistido, exclusivamente, en una mera cuestión terminológica, despreciando así, en definitiva, la oportunidad que el legislador habría tenido (comprometida, por cierto en textos legales como la Disp. Final 1ª de la Ley 1/2009, y nuevamente en la Disp. Adic. 7ª de la ley 26/2011) de abordar una sustantiva reforma legal que afrontase la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, como la Convención proclama.

La Ley 15/2005 es, en esta materia, una ocasión perdida y muy posiblemente su texto habrá de ser revisado nuevamente, al menos en lo que aquí nos importa, cuando, por fin, el legislador se decida a afrontar esa sustancial cuestión, evitando así la disparidad generadora de la obvia inseguridad jurídica que supone mantener la vigencia de dos normas que responden a concepciones completamente diferenciadas en lo que se

refiere al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

2. La nueva terminología

En línea con lo indicado en el apartado anterior, la nueva ley resuelve la referencia a las personas con discapacidad a las que la misma se refiere, con una nueva denominación o identificación la de *“Personas con capacidad judicialmente modificada”*.

No es una denominación muy afortunada, primero, conceptualmente, puesto que si lo afirmado en el Artículo 12.2 de la Convención es que *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”*, esa homogenización con el resto de los ciudadanos casa poco con la posibilidad de que, pese a esto, se prevea una *“modificación de la capacidad”*, precisamente para un sector de la población respecto del que se ha proclamado una igualdad legal que, de esta forma, se cuestiona. Aparte de que, realmente, esa referencia legal y terminológica a *“capacidad judicialmente modificada”*, no es más que un eufemismo para determinar que lo que prevé es la reducción de capacidad jurídica.

Y segundo, porque, incluso la terminología ni es fácil de usar, ni describe adecuadamente la situación a la que se refiere.

3. Las modificaciones introducidas por la Ley 15/2005 que afectan al desempeño de los apoyos de las personas con discapacidad.

Hacemos ahora un repaso somero a la forma en que han quedado reguladas las cuestiones que inciden o afectan a las personas con discapacidad, especialmente las que se refieren al ejercicio de la actual tutela o curatela.

a) Competencia territorial.

Se mantiene y unifica el criterio que ya venía establecido, de que serán competentes para conocer cualquier cuestión judicial que afecte al desempeño de la tutela, curatela y guarda de hecho (Artículo 43), nombramiento de defensor judicial (Artículo 28) y los relativos al Patrimonio protegido (Artículo 57.1) el juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Lo es también para los expedientes relativos al derecho al honor y a la propia imagen, de personas con discapacidad (Artículo 59), y lo de autorización de disposición de bienes (Artículo 62.1).

Curiosamente, la ley distingue entre “domicilio” y “Residencia” (arts. 28, 43, 62), lo que permitirá invocar la competencia territorial del lugar donde se encuentre residiendo la persona con discapacidad, incluso aunque no esté aún empadronado o censado en este lugar.

Este criterio general tiene una sola excepción: cuando se trata de lo que la ley generaliza como “medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente”; parece claro que no estamos hablando de aquellos supuestos en que proceda lo que la actual legislación denomina como remoción de la tutela, puesto que esta opción es regulada específicamente en el Artículo 49. Hablamos, por tanto, de supuestos de divergencias entre los padres en el desempeño de la patria potestad –supuesto habitual en situaciones de separación o divorcio, cuando hay hijos comunes-, o respecto de administración de bienes que, aunque de forma menos frecuente, también puede afectar a personas con discapacidad.

b) Postulación.

El legislador ha optado por establecer que, como regla general, no es necesaria la intervención de abogado y procurador en los procedimientos que afecten a personas con discapacidad que considera la Ley. La decisión no nos parece muy afortunada, puesto que, por el contrario, la solvencia de la profesionalidad y de los conocimientos legales es una garantía de seguridad jurídica, de legalidad, y de protección de los derechos de las personas con discapacidad, máxime cuando de lo que se trata es precisamente de amparar derechos especialmente susceptibles de protección.

Esa regla general solo tiene dos excepciones:

- En los supuestos en lo que se plantee la remoción del tutor o curador (Artículo 43.3).
- En los supuestos en que se solicite la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, siempre que “el valor del acto para el que se inste el expediente” supere los 6.000 € (Artículo 62.3).

c) Tramitación.

➤ *Inicio. La Solicitud previa.-*

La ley no establece especiales formalidades para las actuaciones que regula. Genéricamente, sostiene en todas ellas que el procedimiento se iniciará mediante “SOLICITUD”, en la que deberá ofrecerse la información precisa, según el motivo de la

misma. Al establecer los contenidos mínimos de aquel acto, indica (Artículo 14.1) que los expedientes se iniciarán: *“por solicitud formulada por persona legitimada, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones. Se expondrá a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión. También se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados.”*

Sirva de ejemplo lo planteado respecto de la constitución de la tutela o curatela, para la que el artículo 45.1 establece que: *“se iniciará mediante solicitud en la que deberá expresarse el hecho que dé lugar a la tutela o curatela, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios”*. Se acompañarán:

- certificado de nacimiento de la persona a la que se refiere la solicitud.
- en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores,
- y, para tal supuesto, testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela.

➤ *La nueva Comparecencia.*

Quizás la mayor innovación que aporta la ley, desde el punto de vista procesal es la previsión de un nuevo trámite, no previsto en la legislación anterior, de COMPARECENCIA regulada genéricamente en los arts. 17.2 y 18, y, específicamente, al considerar cada una de las cuestiones objeto de la ley.

Habrá que ver cómo se desarrolla en la práctica de este nuevo trámite. No parece que ni los Secretarios (hoy Letrados de la Administración de Justicia, LAJ), ni los Fiscales, estén porque se realicen la Comparecencia prevista en la Ley, siempre y en todos los casos. En la Circular 9/2015, que el Fiscal General del Estado ha dictado sobre la aplicación, en lo que se refiere a la intervención de la Fiscalía, de la ley que consideramos, circunscribe la realidad de la comparecencia, siguiendo lo dispuesto en el Artículo 17.2 a tres únicos supuestos:

- Que, conforme a la Ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante. –
- Que tuvieran que practicarse pruebas ante el Juez o el LAJ. –

- Que el Juez o el LAJ consideren necesaria la celebración de comparecencia para la mejor resolución del expediente.

En este sentido, desde la AEFT, y desde su Foro de Asesores Jurídicos, RECOMENDAMOS lo que estimamos sería una BUENA PRACTICA, que nos permitirá facilitar el cumplimiento efectivo, no solo de lo que dice esta Ley, sino, especialmente, la aplicación de los parámetros que el Artículo 12.4 de la Convención establece, y, específicamente, para que se garantice el respecto a la VOLUNTAD Y PREFERENCIAS de la propia persona con discapacidad a la que se refiera el expediente en cuestión.

Es decir, es recomendable que hagamos uso de este trámite de Comparecencia para evitar lo ha venido siendo una práctica habitual de los juzgados en la tramitación de procedimientos que afectan a personas con discapacidad, en los que órganos judiciales no solían considerar necesario oír a la propia persona con discapacidad a la que aquel se refería, de manera que, adoptaban su decisión desde criterios de protección, pero basados en las informaciones ofrecidas por otros.

Por el contrario, la interpretación de la Ley 15/2015, más adecuada a lo dispuesto en el Artículo 12.4 y 13 de la Convención, nos debe llevar a reclamar que en todo los casos de jurisdicción voluntaria, en que sea parte, o afecte a una persona con discapacidad intelectual, intereseamos que la misma sea oída en comparecencia, para lo cual es conveniente, que, desde el primer escrito que formulemos en tales actuaciones, citemos, expresamente los indicados preceptos legales e intereseamos sea oída, en comparecencia, la persona afectada.

- *La intervención de la persona con discapacidad en las Comparecencias.*

Como hemos visto, el Artículo 17.2ª.a), establece que habrá de citarse para ese acto a *“quienes hayan de intervenir en el expediente”*, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la ley, entre las que está la de que, *“conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante”*.

Al respecto conviene señalar que la propia Convención puede esgrimirse como disposición legal a los efectos previstos en el precepto citado (recordemos el juego de los arts. 10.2 y 96, de la C.E., así como lo dispuesto en los Artículo 28.2 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales), en relación con el condicionado del citado artículo 17.2.a), para justificar la procedencia de que la persona con discapacidad sea SIEMPRE OIDA.

El Artículo 12.4 de la Convención establece que han de ser consideradas la voluntad y preferencias de la persona, por lo que parece claro, que cabe requerir que, en TODOS LOS EXPEDIENTES, es decir, no solo en aquellos en que la ley lo prevé de forma expresa, se acuerde la celebración de Comparecencia en la que la persona con discapacidad a la que se refiere el expediente, pueda ser oída, y así asegurar la oportunidad y el derecho de expresar su voluntad.

La ley considera de forma diferenciada la necesidad de citar a la comparecencia, a las personas con discapacidad a la que se refieren los distintos actos a que se remiten estos expedientes, como a continuación veremos.

Introduce, además, un concepto variable jurídicamente nuevo, y, por naturaleza enormemente discrecional, por no decir arbitrario, al condicionar la presencia de la persona con discapacidad a la que se refiera el expediente a que tenga lo que la ley llama “*suficiente madurez*”. Se trata, como decimos, de una consideración novedosa. Ni siquiera se acude al concepto ya más asumido, que acuñó la Ley 41/2003, de Patrimonio Protegido de “Capacidad de obrar suficiente”, sino que el legislador inventa este nuevo criterio. Su indeterminación, y el hecho de que, en ningún momento el texto legal establezca cómo determinar esa “suficiente madurez”, permiten pensar que su consideración quedará al puro arbitrio del juez o del Letrado de la Administración de justicia en cada caso.

En cualquier caso, la decisión adoptada, sobre todo cuando suponga ningunear, subestimar la autonomía de la persona con discapacidad afectada, puede ser discutida, a favor de la propia persona, para forzar que su posición sea lo más activa posible. Incluso nada impide que se pueda cuestionar el criterio por el que se determine una “insuficiente madurez”, aportando valoraciones profesionales en sentido opuesto.

4. La previsión legal respecto de la presencia de la persona con discapacidad en la Comparecencia, según cada supuesto:

- Artículo 30. **Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial:** condicionado a si “*tuviere suficiente madurez*”.
- Artículo 45.2. **Tutela y curatela.** El precepto no condiciona. Aquí la redacción parece equívoca, pero lo cierto es que su texto expreso apunta a que debe ser siempre citada la persona afectada: “*aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir*”. De hecho, solo condiciona aquella “suficiente madurez,” para citar en comparecencia cuando se trate de menores de doce años.

- Artículo 47.1, Para la **formación de Inventario**. Extrañamente, la ley vuelve a dejar en manos del juzgador la apreciación de esa circunstancia, de forma que establece la necesidad de convocar a todos los interesados, incluida “las personas afectadas si tuvieran suficiente madurez”, una vez presentado el inventario propuesto, incluso sin que esto suponga que exista controversia, supuesto que se regulará en el apartado siguiente
- Artículo 48.1, 49.1, 50.2; 51.2 y 64.1, Para resolver sobre **Retribución del tutor, Remoción del tutor excusa, rendición de cuentas y actos de disposición o enajenación de bienes**: se prevé que la citación, esto es, la posibilidad de que sea oída, la persona con discapacidad, como en otros casos anteriores, queda condicionada que el juez valore que concurre esa indeterminada “suficiente madurez”.
- Artículo 52.2. En la **Guarda de hecho**, Curiosamente, en el único artículo dedicado a esta desregulada figura, se establece que para que el juez establezca las medidas de control y vigilancia que estime precisas, habrá de oír, en comparecencia *“a la persona a quien afecte la guarda de hecho”*.

No sabemos por qué ha sostenido como precisa esa valoración de madurez en todos los otros preceptos, que no parece justificada, especialmente en supuestos tan susceptibles como la remoción del tutor, que puede ser interesada por el propio tutelado, o la rendición de cuentas, pero no requiere esa peculiar condición subjetiva, para adoptar esas determinas medidas, que, por naturaleza, parecen estas abocadas a tener vigencia meramente temporal, en los supuestos de guarda de hecho.

Artículo 60.2. Al regular los supuestos en que se resuelva sobre el **derecho al honor, intimidad o propia imagen de persona con discapacidad**, la ley tampoco condiciona a la concurrencia de aquella “madurez”, pero deja al arbitrio del juez su comparecencia: “si el juez lo creyera necesario”.

5. Como obtener el máximo rendimiento del texto de la ley desde el criterio de defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Frente a ello, insistimos que la adecuada interpretación de la Ley 15/2015, en lo que se refiere a las cuestiones consideradas, que afectan, en muchos casos, a importantísimos derechos personales y patrimoniales, de las personas con discapacidad, o en la terminología de la ley, con “capacidad judicialmente modificada”, no puede hacerse sino de manera conjunta, a la luz, usando como criterio hermenéutico, lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En la clave de la Convención está el considerar a las personas con discapacidad como protagonistas de su propia historia, evitando su sustitución, o la diferenciación en el trato respecto del empleado con otras personas, puesto que esa diferencia sustancialmente estaría generada en virtud de la propia discapacidad; esto es: la Convención prohíbe reiteradamente cualquier actuación que suponga un trato diferenciado, un trato discriminatorio.

Una y otra vez establece como criterio de aplicación para el ejercicio de cualquiera de los derechos que proclama, el de que la persona con discapacidad ejercite aquellos en igualdad de condiciones con el resto de las personas. En una de las manifestaciones más claras de ese planteamiento, el artículo 12.2 proclama que, efectivamente, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas. De ahí que parece escasamente admisible que no sea considerada, tenida en cuenta la opinión de una persona cuando el Juzgador ha de adoptar decisiones que afectan a su patrimonio, bienes o intereses (es elocuente, por contra, que se afirma que, en todo caso, se oirá al menor, bastando que tenga solo doce años), carezca de justificación que no se cuente con la opinión del verdadero protagonista del expediente de jurisdicción voluntaria.

Podrá entenderse que hay personas con discapacidad intelectual que tienen muy limitada su autonomía, pero esto no autoriza a que un genérico, y casi podríamos decir que secular, criterio de desconfianza hacia las posibilidades de quien tiene una discapacidad intelectual, autorice que el juez o el Letrado de la Administración de Justicia puedan apreciar subjetivamente esa precisa cualificación de “insuficiente madurez”, para generalizar y así justificar que se continúe adoptando decisiones que afectan a aquellas, sin que sean oídas.

Por el contrario, como avanzábamos, cuando el artículo 12.4 de la Convención, establece entre las salvaguardas que cita, la de **respetar los intereses, voluntad y preferencias de la persona**, está imponiendo al juzgador la obligación de conocer estas, o, cuando menos, de explorarlas hasta donde proceda.

De ahí que proponemos como buena práctica realizar una **interpretación de la Ley 15/2015, en estrecha y permanente relación con la Convención**, y en lo fundamental con sus artículos 12 y 13, y requerir, planteándolo de forma expresa, en todo caso, al inicio de los expedientes de jurisdicción voluntaria, en las Solicitudes previas, y en su tramitación, la cita, presencia y audiencia, en las comparecencias acordadas, de las personas con discapacidad a que aquellos se refieran.

Y cuestionar cualquier decisión que lo niegue. Recordemos que contra las resoluciones interlocutorias, de tramitación, entre las que se puede encontrar la consideración de que una persona “*carece de suficiente madurez*” a los fines indicados, dictadas en los expedientes de Jurisdicción voluntaria cabe Recurso de Reposición, que deberemos interponer con cita de aquellos preceptos y con remisión a los indicados criterios auténticos de interpretación. Y contra las resoluciones definitivas, Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial (Artículo 20).

6. A manera de recomendación y conclusión.

En este sentido, quienes asumimos como una obligación, personal y profesional, la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, venimos sosteniendo que es preciso sostener criterios de interpretación y de aplicación del derecho, que, sin detrimento de la legalidad y seguridad jurídica, sean imaginativas y favorables a sus interese.

Es por ello que, reitero, recomendamos de forma expresa, la utilización del trámite de Comparecencia que la Ley 5/2015 ha establecido, como una forma de hacer efectiva la visibilidad, el protagonismo de la propia persona con discapacidad a la que se refieren los expedientes que no es, en absoluto, un elemento colateral del mismo, sino, como decimos, su fundamental interesado, y por ello su protagonista.

Al intérprete del derecho, al operador jurídico, le toca hacer una aplicación de este a veces imaginativa, creativa, que no se cierre en versiones rígidas e inflexibles, y que ponga en relación la norma con los principios y los derechos básicos. Ese es el planteamiento que nos lleva a reivindicar ser beligerantes en estos supuestos y, de un lado, requerir, que en todas las actuaciones de la índole de las que se considera en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se acuerde la celebración de la Comparecencia (evitado que el Juez o el Letrado de la Administración de justicia busquen una vía aparentemente más rápida, vendida como de mayor diligencia, pero que supondría ignorar al referido protagonista) y, de otro, se solicite, de forma expresa, la presencia, la intervención personal de la persona con discapacidad, en el acto de la misma.

Se podrá reprochar que una aplicación de este tipo dificulta el funcionamiento de los juzgados, y que la Fiscalía no puede estar presente en todos los casos, que sus representantes tienen una variedad de actuaciones procesales a las que responder (argumento tras el que a menudo se oculta una cuestionable determinación de prioridades, cuando, como en nuestro caso, hablamos de derechos fundamentales), pero entendemos que la oportunidad que ofrece la Ley, con la regulación de esta

comparecencia, constituye una ocasión a la que no debemos renunciar y que se convierte así en un ariete para visibilizar y hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, así como su propia voluntad, interés y preferencia.