



## REVISTA MÉDICA INTERNACIONAL SOBRE EL SÍNDROME DE DOWN

www.elsevier.es/ sd



### EDITORIAL

## Más allá de las palabras

## More than just words

J. J. López Burniol

*Notario de Barcelona, Barcelona, España*

En diciembre de 2006 se celebró en Nueva York la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El día 13 de aquel mes se firmó el documento final, ratificado por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007. El espíritu que informa las conclusiones del acuerdo se concreta en dos puntos:

1. Los Estados reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de personas en todos los aspectos de la vida.
2. Los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas discapacitadas a la ayuda que puedan requerir. Con esta finalidad, proporcionarán salvaguardias efectivas que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias del discapacitado, que sean proporcionadas y estén adaptadas a las circunstancias, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos.

Este documento, que ha recibido una alabanza general, se ha presentado como si iniciase una nueva época en el tratamiento jurídico de la situación de los discapacitados, como algo totalmente diferente de lo anterior. Frente a este aluvión de mensajes un tanto hiperbólicos, hay que matizar el entusiasmo. En primer lugar, porque la posición de partida de los diferentes países no era ni es la misma: junto a unos en los que los derechos de los discapacitados y su protección están garantizados con solidez y atención, hay otros en los que tanto esos derechos como su protección están bajo mínimos. Y en segundo lugar porque, más allá de las palabras, no hay muchas diferencias efectivas entre las propuestas de la Convención y el Derecho vigente en los países de nuestro ámbito cultural.

Efectivamente, la historia que nos ocupa no empieza en el año 2006. La historia viene de muy lejos para los países

de nuestra estirpe y en ella hay —como pasa a menudo en las acciones humanas— más cosas dignas de admiración que de menosprecio. La historia empieza en la antigua Roma, como la de toda la tradición jurídica de Occidente, cosa que no es de extrañar, ya que, como dijo Paul Valéry, las raíces de la civilización occidental se encuentran en la filosofía griega, el derecho romano y la teología cristiana. En Roma, el cuidado de la persona y los bienes de los discapacitados se encomendaba a un curador. La curaduría no era una potestad, sino una administración. Su origen se encuentra en las Doce Tabas, donde se establece el nombramiento de un curador para que vele por los intereses del discapacitado y de sus herederos; este último punto se explica por la existencia de una estructura social basada en la propiedad familiar. Cabe destacar que la delación de la curaduría se efectuaba por mandato de la ley o por decisión del magistrado, pero nunca por voluntad privada. Además, cabe anotar que, aunque el cargo de curador fuese estable, en la época posclásica la curaduría quedaba suspendida durante las fases de lucidez del discapacitado. Por otro lado, el curador no interponía nunca la *auctoritas* que ostentaban los padres o los tutores respecto a sus hijos menores de edad; lejos de eso, el curador se limitaba a gestionar los intereses del discapacitado con la finalidad de preservarlos para él y para sus herederos en la medida en la que el discapacitado no pudiese emitir declaraciones de voluntad. Por último, el curador asumía responsabilidades por su gestión. A la vista de este sistema de protección de los discapacitados establecido en la antigua Roma, es difícil admitir que la Convención de 2006 signifique un antes y un después.

No obstante, es cierto que el flexible sistema romano no se recogió en el Código Civil español de 1889, que siguió el modelo rígido del Código Civil francés de 1804. La diferencia fundamental entre ambos sistemas radicaba en dos puntos:

1. La rigidez de la declaración de incapacidad regulada por el Código Civil, que solamente admitía dos situaciones: totalmente capaz y absolutamente incapaz, si bien la jurisprudencia superó este mandato rígido a partir de la valiente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947.
2. La equiparación de la tutela del discapacitado —el Código no hablaba de curaduría— con la tutela del menor.

A pesar de estas diferencias, cuya importancia no puede menospreciarse, también es cierto que —como escribió el profesor Federico de Castro— el espíritu que informaba todo el sistema era el de una protección especial del discapacitado. Por último, cabe decir que la reforma de 1983 concuerda con este espíritu, por un lado, al distinguir entre tutela y curaduría y, por el otro, al admitir la gradación de la incapacidad por la sentencia judicial.

De hecho, este cambio debe incorporarse en un proceso más amplio de cambio social que hace hincapié en la persona —capaces y discapacitados, mayores y menores de edad— y en sus derechos fundamentales por encima de conceptos como la familia o la casa. En ese sentido, la profesora Encarna Roca,

en su libro *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, de 1999, dice que “los cambios producidos en el Derecho de familia en los últimos veinte años tienen su base indiscutible en los cambios sociales que han tenido lugar en el mismo período” y que “si en algún ámbito jurídico [este cambio social] resulta de absoluta relevancia, es precisamente en el estudio del Derecho de familia”. Y concreta su pensamiento sobre el tema que nos atañe añadiendo que la protección de los menores y de los discapacitados debe contemplarse sobre la base del respeto estricto de los derechos fundamentales de todas las personas, es decir, de todos los ciudadanos, sea cual sea su estado.

Por lo tanto, sea bienvenida la Convención de Nueva York de 2006 por lo que pueda significar como refuerzo de unos principios vigentes desde hace siglos y de una evolución que, en nuestro ámbito, ya se había iniciado a impulsos del cambio social. Pero no demos por buena la idea de que la Convención supone el inicio de una nueva etapa de luz y progreso frente a unos tiempos pasados oscuros y equivocados. Y, sobre todo, que no nos iluminen las palabras: al final, en Derecho, lo que no son efectos, es literatura y, normalmente, mala literatura.