

Laurent VOGEL

**ELS SISTEMES DE REPRESENTACIÓ I
DE PROTECCIÓ JURÍDICA
DE LES PERSONES DISMINUÏDES
PSÍQUIQUES**

Aquest llibre ha estat editat en la versió catalana
per la Fundació Tutelar Congost Autisme

amb la col·laboració de:



Generalitat de Catalunya, Departaments de:

Benestar Social - ICASS

Ensenyament

Justícia



Caixa de Barcelona

Obra Social

Autor: Laurent VOGEL

Traducció: GABINET CATALÀ DE LINGÜÍSTICA APLICADA

Edita: FUNDACIÓ TUTELAR CONGOST AUTISME

Sant Antoni M^a Claret, 282-A, 2n. 2a.

08026 Barcelona

I.S.B.N.: 84-404-6880-6

Dipòsit Legal: B-19446-90

Imprès per Gràfiques Pacífic

Ripollès, 82 - 08026 Barcelona

PRESENTACIÓ

Ens plau d'oferir-vos aquest recull dels sistemes de representació i protecció jurídica de les persones amb disminució psíquica, realitzat per encàrrec de l'Associació Internacional Autisme-Europa (AIAE) i que nosaltres hem considerat adient de traduir al català per l'interès del seu contingut.

Aquest estudi ens permet de comparar les diferents lleis que regeixen en alguns països d'Europa i en els Estats Units d'Amèrica.

A més, recull la diversitat de maneres de ser de cada país i els costums propis que volen respectar, com també els diferents graus d'afectació de cada persona.

En el marc de l'AIAE, es consideren les diferents missions que cada Associació membre compleix en el seu àmbit d'actuació. Això no vol dir que no hi pugui haver una intervenció global que ultrapassi la posada en comú d'elements de reflexió. Fruit d'aquesta intervenció és el treball que ara presentem, i que ha estat possible gràcies a l'esforç coordinat de les diferents associacions membres.

Pensem que aquest llibre pot ajudar les famílies, els consellers jurídics i totes les persones involucrades en aquest tema a trobar una solució per al seu cas particular, per tal com el coneixement de les fórmules adoptades en els diferents països pot contribuir a millorar la legislació aplicable a les persones disminuïdes psíquiques.

Joan Roca Miralles

President

Fundació Tutelar Congost - Autisme

Estudi realitzat per l'Associació Internacional Autisme-Europa (AIAE)

Centre de Sociologia del Dret Social

Brussel·les, març de 1988

Aquest estudi ha estat finançat per la Comissió de les Comunitats Europees

Aquesta enquesta ha estat realitzada sota la direcció del professor Eliane VOGEL-POLSKY,
de la Universitat Lliure de Brussel·les.

S'ha elaborat gràcies als consells i la col·laboració d'un **Comitè de Seguiment**, del qual han
format part:

I. ARRUTI (Gautena, Espanya)

M. BARON (National Autistic Society, Regne Unit)

J. L. BASOCO (Asociación Guipuzcoana Pro-Subnormales, Espanya)

J. GILLARDIN (Facultés Universitaires Saint-Louis, Bèlgica)

U. HELLMANN (Lebenshilfe, República Federal d'Alemanya)

A. ISABEY (UNAPEI, França)

K. LACHWITZ (ILSMH i Lebenshilfe, República Federal d'Alemanya)

J. Ch. SALMON (AIAE, Bèlgica)

AGRAÏMENTS

Aquesta llista inclou les persones que han volgut aportar al nostre estudi la seva col·laboració
i el suport de la seva competència.

N. E. BANK-MIKKELSEN (Dinamarca), M. T. de BENAVIDES CASTRO (Ministerio de
Trabajo y Seguridad Social, Espanya), K. BLANKMAN (Vrije Universiteit Amsterdam,
Països Baixos), Andrea BURGNER Dokumentations- und Informationsstelle für
Autismusfragen, Suïssa), Harriet BROWN-HUGUES (Advocacy Center for the Elderly and
the Disabled, Nova Orleans, Estats Units), N. CAHEN (ANAHM, Bèlgica), James M.
COMSTOCK GALAGAN (Advocacy Center for the Elderly and Disabled, Nova Orleans,
Estats Units), DEBACKER (FNRSH, Bèlgica), DELPEREE (Bèlgica), Yves DRUART
(FNRSH, Bèlgica), Anna DURANTE (ANFASS, Itàlia), Francisco FOUTO PÓLVORA
(Secretariado Nacional de Reabilitação, Portugal), James GJØL (Dinamarca), Karl
GRUNEWALD (Suècia), Carsten HELGEBY (Ambaixada de Noruega a Bèlgica), Stanley
HERR (University of Maryland, Estats Units), HOFFMANN-KEIZER (NVA, Països Baixos),
Christian ISRAËL (Munic, República Federal d'Alemanya), I. JANSEN (Ministerie van
Justitie, Països Baixos), Margrit JESPERSEN (National Board of Social Welfare, Dinamarca),
Christian LASSMANN (Ambaixada d'Àustria a Brussel·les), Claudio LUTTI (CIDI, Itàlia),
N. L. LOMBARD (Irish Society for Autistic Children, Irlanda), Claus MOEN (National
Board of Social Welfare, Dinamarca), I. PEDERSEN (Dinamarca), Paule RENOIR ILSMH,
Bèlgica), M. Piero RESCIGNO (Università di Roma, Itàlia), Dominique RODRIGUEZ
(Bèlgica), Ennio RUSSO (Università di Perugia, Itàlia), Maria Rita SAULLE (ILSMH i
ANFASS, Itàlia), Leonardo SAVIANO (ANFASS, Itàlia), Lydia SINCLAIR (Regne Unit),
Muriel SMELKENS (Bèlgica), TIPHAIGNE (Consell d'Europa), WIESBAUER
(Bundesministerium für Justiz, Àustria), Lydia ZÁID (Bèlgica).

ÍNDEX

INFORME DE SÍNTESE SOBRE ELS SISTEMES DE REPRESENTACIÓ I DE PROTECCIÓ JURÍDICA DE LES PERSONES DISMINUÏDES PSÍQUIQUES

	Pàg.
Introducció	11
Capítol I: Visió general del dret intern	17
Capítol II: Esbós d'una tipologia dels estatuts	33
Capítol III: Juridicitat precària dels drets de les persones disminuïdes	45
Capítol IV: Els suports per a un estatut col·lectiu	59
Capítol V: Elements per a una estratègia	71
Conclusions	83

ANNEXOS

Dret anglès: la <i>Mental Health Act 1983</i>	93
El projecte de llei holandès sobre el <i>mentorschap</i>	109

INFORME COMPLEMENTARI: EL DRET DE LES PERSONES DISMINUÏDES ALS ESTATS UNITS D'AMÈRICA

Introducció	121
Capítol I: L'afer <i>Wyatt</i> i la desinstitucionalització	127
Capítol II: La <i>Rehabilitation Act</i> de 1983	137
Capítol III: L'abast del dret a l'educació	143
Capítol IV: La redefinició dels estatuts de protecció	159
Capítol V: La protecció dels drets fonamentals i l' <i>advocacy</i>	173
Conclusions	179

BIBLIOGRAFIA DEL DRET AMERICÀ	187
--	------------

BIBLIOGRAFIA GENERAL	195
---------------------------------------	------------

A la pàgina 214 hi ha un índex detallat

INTRODUCCIÓ

Aquesta enquesta ha estat realitzada en el marc de la preparació del Congrés d'Hamburg de l'Associació Internacional Autisme-Europa (AIAE).

Es tractava d'analitzar la situació jurídica de les persones disminuïdes psíquiques amb vista a aconseguir que els sistemes de protecció i de representació organitzats pels diferents drets interns s'apliquin amb la màxima perfecció possible pel que fa a les persones autistes. S'hi van considerar dos criteris fonamentals: la seva flexibilitat i les garanties que oferien des del punt de vista dels drets fonamentals de la persona.

L'àrea geogràfica era la dels països on actua l'AIAE (que correspon, a grans trets, a la Comunitat Econòmica Europea, Suècia i Suïssa). Hom preveia de comparar el dret d'aquests països amb els de diferents països no europeus que ens poguessin aportar dades útils per a la reflexió.

Els límits del temps de què disposàvem i els que són propis d'un treball individual ens van menar a concentrar la nostra atenció en dues qüestions centrals: el dret tutelar i la jurisdicció del principi d'integració a què es refereixen generalment les legislacions particulars que tracten de les persones disminuïdes i que és proclamada per diversos mitjans internacionals.

Hem hagut d'eliminar qualsevol recerca sobre el codi penal i sobre les diferents formes d'internament i de tractament obligatori, com també sobre la situació jurídica dels menors, malgrat que som conscients que es tracta de camps importants en l'avaluació de la situació jurídica de les persones disminuïdes psíquiques.

Així mateix, hem preferit limitar l'àmbit no europeu de la recerca a l'estudi del dret dels Estats Units d'Amèrica, que ha demostrat ser d'un gran interès, en comptes de fer nombroses repassades ràpides i necessàriament superficials sobre altres sistemes jurídics.

Aquesta enquesta ens mostra un cert nombre de pistes a partir de les quals podem iniciar l'estudi. Només serà realment útil si permet estimular una reflexió col·lectiva sobre els drets de les persones disminuïdes.

Aquesta senzilla formulació presenta dubtes immediats: Hi ha, realment, un dret de les persones disminuïdes? (O es tracta únicament d'una sèrie d'estatus dispersos?) I, cal que n'hi hagi?

Aquestes preguntes no han deixat de ser plantejades al llarg de l'enquesta, i únicament han rebut respostes fragmentàries.

El punt de partida és fàcil de constatar: algunes persones són afectades, en graus diversos, per deficiències psíquiques o problemes prolongats o permanents de caire psicològic o de caràcter, de vegades associats a deficiències sensorials o del sistema nerviós central, que les fa menys aptes que altres per dur una vida autònoma en la societat.

D'altra banda, la situació de disminució no és el resultat immediat d'aquestes deficiències. Té l'origen en la convergència entre la societat, les seves exigències funcionals, les seves necessitats d'exclusió i de diferenciació, el seu criteri de normalitat i la situació individual d'aquestes persones.

La constatació de la deficiència s'associa sovint a una mena de proclamació de la disminució, a una classificació que porta a una sèrie de comportaments la racionalitat dels quals no sempre és evident, que, en lloc de disminuir les dificultats creades per la deficiència, poden consolidar la situació de la persona i classificar-la en un estatut estigmatitzador.

Hi ha, per tant, una tensió entre dos extrems: fer reconèixer la situació d'anormalitat per obtenir concessions del dret i dels serveis específics o bé insistir en la igualtat de dret de totes les persones, independentment de qualificacions mèdiques o psicològiques.

Segons les fases de l'evolució jurídica, els camps estudiats i les tècniques pròpies de cada sistema de dret tendirem a insistir en un aspecte o en l'altre.

Igualment, la protecció de la persona i la garantia dels seus drets fonamentals constitueixen exigències complementàries que no s'harmonitzen automàticament. Quants estatuts hi ha que no menin a la transformació d'un individu en una "no-persona" jurídica privada de tot dret?

Es pot comprendre, per tant, que no hàgim pogut formular respostes globals, clares i definides sobre la relació entre el dret i la deficiència, sinó que més aviat hàgim intentat comprendre per quins mecanismes el dret pot ser un factor discapacant i en quina mesura una resposta jurídica diferent pot fer minvar o suprimir aquest caràcter i utilitzar el dret com a instrument d'igualtat real.

Aquest procés ha de tenir en compte la incidència de factors extrajurídics en l'aplicació del dret, que pot, a partir d'una mateixa norma, portar a conseqüències ben diferents. Això és així dins de cada sistema en la mesura que la realització de la norma íntegra de les exigències contradictòries (és el problema que plantegen les ambigüitats de la desinstitucionalització als Estats Units). I encara és més cert quan es passa d'un sistema a un altre. Les reformes daneses podrien tenir conseqüències catastròfiques en contextos socials i culturals diferents.

Hi ha, finalment, diversos camps en què intervenen qüestions ètiques importants i on s'enfronten valors contradictoris d'una legitimitat real. És possible que el dret s'hagi de limitar a fixar garanties essencials, sense aportar una resposta detallada a les situacions previstes. És el cas, sobretot, dels problemes que plantegen la sexualitat, la procreació, el tractament i l'elecció de la mort. Certament, la situació actual fa que l'elaboració jurídica encara tingui al davant tot un camp d'acció, però cal reconèixer responsablement que mai no hi haurà respostes absolutes a problemes que punyen interiorment cadascun de nosaltres i la societat.

PRIMERA PART

ELS CANVIS DEL DRET TUTELAR

CAPÍTOL I

VISIÓ GENERAL DEL DRET INTERN

El dret tutelar de la majoria dels països examinats ha experimentat una evolució profunda en aquests darrers vint anys. En alguns casos, podem parlar d'una refosa completa.¹

La llei sueca del 20 de desembre de 1974² va crear la institució del *god man*, que té un paper d'assistència i de *citizen advocate* (és a dir, de representant vinculat per la voluntat de la persona representada). Es tracta d'un assistent social remunerat, que té un estatut legal i pot realitzar certes accions jurídiques. El procediment judicial que cal seguir ha d'establir la conjunció de tres condicions:

- la incapacitat de la persona afectada per fer-se càrrec d'ella mateixa;
- la necessitat d'estar assistit per un *god man* per tal de protegir els seus interessos materials i legals;
- el seu consentiment per a la designació d'un *god man* o bé un certificat mèdic de la seva incapacitat per donar-ne consentiment escrit.

Ara, la tutela només podrà ser decidida en els casos en què el nomenament d'un *god man* sigui insuficient.

En conseqüència, la tutela ha esdevingut un procediment extraordinari que requereix proves circumstancials de la no-adequació de qualsevol altra mesura. Entre els anys 1976 i 1985, no hi ha hagut més d'una desena de persones a les quals s'ha aplicat aquest estatut.³ Quant al nombre de persones sota tutela, ha passat de 30.000 (1976) a entre 15.000 i 17.000 (1985).

D'altra banda, l'orientació de les mesures tutelars (en un sentit ampli, tutela i assistència) s'hi indica sense cap ambigüitat: l'administració dels béns se subordina als interessos personals i el seu caràcter familiar perd importància, tant per la integració dels tutors en una estructura col·lectiva supervisada per l'administració pública com per la nova norma que indica que el tribunal que decideix la tutela no està vinculat per cap ordre de prioritats a donar als candidats tutors, especialment a causa dels seus lligams familiars amb la persona protegida.

El **dret noruec** preveu solucions anàlogues a les del dret suec. Al mateix temps d'una tutela⁴ que s'aplica únicament a les persones més mal aïllades (5.882 l'any 1984), s'utilitza cada cop més la institució del *hjelpeverge*, que correspon al *god man* suec.

El **dret danès**⁵ ha mantingut un sistema centrat en la tutela, però n'ha augmentat la flexibilitat i les garanties de procediment. La majoria de les discapacitats automàtiques han estat abolides (drets polítics, dret d'exercir l'autoritat paterna, etc.). El dret de casar-se queda subordinat a una autorització del tutor, però sembla que aquesta regla s'aplica cada cop menys. L'absència de revisió sistemàtica de la legislació danesa que afecta la tutela s'explica pel desús progressiu d'aquesta institució. L'aplicació consegüent del "principi de normalització" fa inútil que hi hagi un estatut particular de les persones amb capacitats psíquiques afectades. Les escasses discriminacions que subsisteixen (especialment l'assentiment del tutor al casament) seran probablement abolides ben aviat.

La reforma més profunda va ser la que va introduir la **llei austríaca del 2 de febrer de 1983**,⁶ que aboleix l'antiga tutela tal com havia estat organitzada pel Codi Civil de l'1 de juny de 1811⁷ i institueix el *Sachwalterschaft*, que substitueix l'antic règim de la tutela. Coexisteix amb un estatut de minoria d'edat prolongada que, al contrari del que ha estat instaurat a Bèlgica, és d'una durada necessàriament limitada. L'apartat 1 del paràgraf 173 del Codi Civil preveu en la seva nova versió que *"el tribunal, ja sigui d'ofici o a petició del pare o de la mare, haurà de prolongar la minoria d'edat del nen abans que assoleixi la majoria d'edat en cas que el nen, especialment com a conseqüència d'una evolució notablement retardada, no pugui ser responsable dels propis actes sense el perill d'un perjudici per a ell mateix"*. Aquesta prolongació de la minoria en cap cas no pot anar més enllà dels 21 anys.

Les característiques del *Sachwalterschaft* són la seva flexibilitat i el paper primordial que hi tenen les associacions privades de protecció dels disminuïts.

L'article 273, apartat 2, formula clarament un principi de subsidiarietat de qualsevol règim de representació en relació amb les mesures d'assistència: *"No es consentirà la designació d'un administrador⁸ si la persona afectada està en condicions de ser responsable dels seus actes tant com sigui possible, gràcies a l'assistència d'algú altre, especialment en el marc de la seva família o bé per institucions públiques o privades d'ajut als disminuïts. Un administrador no-*

més podrà ser designat per protegir un tercer d'una reivindicació real o imaginària".

L'article 273, apartat 3, indica que el judici, d'acord amb el grau de discapacitat i la importància de les accions a realitzar, haurà de triar entre tres tipus de gestió:

- una gestió limitada a alguns interessos determinats, com ara la representació legal;
- la gestió d'una categoria completa (o de diverses categories) d'actes, com ara la gestió d'una part del patrimoni o de la totalitat d'aquest patrimoni;
- la gestió de la totalitat dels interessos de la persona.

La persona protegida sempre conserva una capacitat residual i un dret d'informació i de consentiment que reflecteixen, principalment, les disposicions de l'article 273, apartat a): *"La persona discapacitada no podrà prendre decisions ni comprometre's per un acte jurídic en el camp de les competències de l'administrador sense el seu consentiment explícit o implícit. Si l'interès de la persona discapacitada no es posa en perill, el tribunal pot decidir que aquesta persona, en relació amb determinades accions, els seus ingressos o part dels seus ingressos, en pot disposar lliurement i es pot involucrar en el camp de les competències de l'administrador"*.

L'apartat 2 del mateix article dóna validesa als actes jurídics que afecten alguna qüestió d'escassa importància de la vida quotidiana.

L'apartat 3 disposa que la persona discapacitada té el dret que l'administrador l'informi amb prou temps de les decisions importants que afectin la seva persona o el seu patrimoni; igualment, té el dret de pronunciar-se en un termini adequat i el dret que la seva voluntat sigui tinguda en compte, encara que sembli que no pertoca totalment al seu interès. La jurisprudència i la doctrina interpreten aquesta darrera disposició en el sentit que una declaració de la persona protegida que s'oposi a la voluntat de l'administrador, quan es tracta d'un camp que escapa de la competència de decisió d'aquest darrer, haurà de prevaler quan el tribunal competent resol el conflicte.⁹

L'article 280 concedeix prioritat a les necessitats personals. D'aquesta prioritat resulta la regla formulada per l'article 281 relativa a l'elecció de l'administrador: ha de ser una persona adequada que li sigui propera (el seu tutor legal, en el cas que es tracti d'un menor). Si el seu interès així ho exigeix, caldrà

designar l'administrador —tant com sigui possible— entre les persones nomenades per una associació adequada. Si la gestió dels interessos de la persona exigeix principalment coneixements jurídics, podrà designar un advocat, un passant, un notari o un assistent de notari.

Al final de l'article 282 trobem una regla que indica que, llevat de disposició contrària del tribunal, l'administrador sempre haurà de vetllar pels interessos de la persona i, sobretot, per les atencions mèdiques i els serveis socials.

El control judicial és molt ampli. Comporta, d'una banda, una revisió periòdica obligatòria destinada a verificar si la mesura ha de ser suprimida o modificada (art. 283), com també un rendiment de compte anual. D'altra banda, si el tribunal no pot substituir l'administrador en la presa de decisions, li pot donar orientacions generals i, en cas de conflicte, sempre pot designar un curador *ad hoc* (*Kollisionskurator*), que substituirà l'administrador en el camp litigiós. A més, diversos actes jurídics requereixen la informació i el consentiment del tribunal.

La sanció última és, evidentment, la substitució eventual de l'administrador per una altra persona.

Les garanties de procediment previstes són importants. El procediment pot ser iniciat a petició de la persona interessada o bé d'ofici. S'hi ha d'aportar la prova del fet que la persona afectada està en perill o amenaçada en els seus interessos si no es designa un administrador. Les noves disposicions que introdueix la llei sobre el procediment judicial dels afers no contenciosos¹⁰ indiquen, d'acord amb l'article 237, que *“el tribunal s'ha de fer una idea personal, abans de res, de la persona afectada. Ha d'informar-lo de la raó i de l'objectiu del procediment i escoltar el seu parer sobre la qüestió. Si la persona no acudeix a la citació judicial, el tribunal la pot fer comparèixer, amb els mitjans adequats. En cas que es demostrï que la compareixença de la persona és impossible o contrària als seus interessos, el jutge l'haurà de visitar.”* L'article 238 preveu la designació obligatòria d'un conseller jurídic o d'un administrador provisional *ad litem* per al procediment. Això no limita de cap manera la capacitat d'actuar de la persona interessada, que podrà elegir el seu representant.

El procediment ha de ser oral, amb peritatge obligatori (art. 241); l'article 246, apartat 2, preveu que *“El tribunal o, si es considera útil i per decisió del tribunal, l'administrador haurà d'explicar de manera adequada a la persona afectada el contingut de la decisió; si cal, haurà de recórrer al metge que correspongui”*.

Les mesures de publicitat són relativament flexibles: únicament l'administració comuna (servei de llistes electorals) ha de ser informada en qualsevol cas¹¹ Les altres persones o serveis informats seran els que hi tinguin un interès *de facto*, fet palès durant el procediment o, sobretot, indicat per l'administrador (art. 248).

S'hi preveu un recurs davant un tribunal de segona instància.

Hi ha diferents disposicions que van, totes elles, en el sentit d'una limitació o d'una supressió de les discapacitats automàtiques (llevat de la disposició que acabem d'esmentar en la nota 11, que manté la privació dels drets polítics).

L'article 1 de la llei del 2 de febrer de 1983 modifica l'article 157 del Codi Civil per permetre una acció en denegació de paternitat, exercida per l'administrador en cas que entri en el seu camp de competència, i que també pot ser exercida per la persona afectada, malgrat que el termini legal hagi expirat, un cop acabat el règim d'administrador, si l'administrador no ha pres la iniciativa d'aquesta acció.

L'article 2 de la llei modifica l'article 102 de la llei de 6 de juliol de 1983¹² i distingeix, per al casament, la discapacitat completa dels menors de 7 anys i de les persones dements, d'una capacitat limitada dels menors d'edat de més de 7 anys i de les persones posades sota el règim d'administració.

L'autorització de l'administrador per al casament de la persona sota estatut és sempre necessària, encara que el casament no entri en el seu camp de competències. La decisió final, en cas de conflicte, l'adoptarà el tribunal. Pel que fa al divorci, la persona afectada pot intentar una acció independentment del seu administrador, llevat que la representació legal formi part de les competències que li hagin estat assignades. En la mesura en què el divorci afecti interessos patrimonials, podrà ser necessària una participació de l'administrador si la seva competència abasta la gestió del patrimoni.¹³

La reforma de l'article 568 del Codi Civil manté la capacitat de testar: les persones per a les quals s'ha designat un administrador únicament poden fer testament de manera oral al tribunal o davant un notari.

El segon àmbit important de la reforma austríaca afecta el funcionament del règim de representació i, més concretament, la seva inserció en un sistema de protecció col·lectiva assegurada per associacions de dret privat.

Destaca, en primer lloc, el principi de la retribució de l'administrador, d'acord amb el treball realitzat i en certs límits (en principi, cal respectar un

límit màxim d'un 5% dels ingressos nets de la persona afectada, però el tribunal pot acordar remuneracions complementàries per serveis particulars).

L'article 9 de la llei del 2 de febrer de 1983 introdueix l'article 281, apartat 2, en el Codi Civil, que regeix la formació i el funcionament d'"associacions tutelars" (*Vereinssachwalterschaft*). El seu reconeixement depèn del Ministeri federal de Justícia, que verifica que tinguin la vocació de formar administradors competents i de posar-los a la disposició dels disminuïts, si disposen de prou administradors professionals, competents i actius i, en cas d'actuació d'administradors benèvols, si exerceixen una funció de vigilància i els asseguren una formació específica.

Es garanteix el secret professional dels administradors que depenen d'una associació. El Ministeri de Justícia garanteix una inspecció i un control dels comptes. El finançament d'aquestes associacions és previst "*en la mesura dels mitjans que disposa la llei federal de finances amb aquesta finalitat*".

Un estatut d'aquesta mena combina dos avantatges: el de la independència de les associacions en relació amb les autoritats administratives i un finançament estatal que li permet aportar serveis a un nivell força elevat.

L'article 10 de la llei del 2 de febrer de 1983 preveu l'abolició del sistema de tutela. Les persones que estaven sota aquest règim abans de l'entrada en vigor de la nova llei són assimilades a les persones per a les quals es designa un administrador. Llevat que el tribunal decideixi altrament, el seu tutor o curador esdevé l'administrador. Quant als procediments d'interdicció en curs, es transformen automàticament en procediments de posada sota administració.

En altres països, les modificacions no han afectat el conjunt del dret tutelar, sinó alguns dels seus aspectes.

La llei belga del 21 de juny de 1973 va introduir els articles 487 bis a vuitè del Codi Civil, els quals organitzen el règim de la minoria d'edat prolongada, que s'insereix entre el règim d'interdicció completa (l'organització de la qual es manté en la que institueix el Codi napoleònic) i el règim de la submissió a consell judicial. Aquest, al seu torn, manté l'essencial de la capacitat jurídica de la persona afectada, però li imposa que rebi el consentiment del seu consell per diverses accions previstes per l'article 515 del Codi Civil (pledejar, transigir, demanar préstecs, rebre un capital mobiliari i donar-ne descàrrecs, alienar o gravar els béns propis amb hipoteques).

El règim de la minoria d'edat prolongada es pot aplicar al "*menor del qual s'estableix que, a causa de la seva disminució psíquica greu, és i sembla que continuarà sent incapaç d'autogovernar la seva persona i d'administrar els seus béns*" (art. 487 bis, apartat 1).

"*Es pot prendre la mateixa mesura en relació amb un major d'edat, del qual s'estableix que es troba en la seva minoria d'edat en les condicions que els apartats precedents preveuen*" (art. 487 bis, apartat 3).

La disminució psíquica greu es defineix "*com a un estat de deficiència psíquica congènita o que hagi començat durant la primera infantesa, caracteritzada per una manca de desenvolupament del conjunt de les facultats intel·lectuals, afectives o volitives*" (art. 487 bis, apartat 2).

La conseqüència de la instauració d'aquest estatut és l'assimilació de la persona a un menor de quinze anys. En principi, aquest queda sotmès a l'autoritat paterna (tot i que hom pugui designar-li un tutor). Després de la mort d'un o de tots dos pares, s'haurà de posar en vigor el règim ordinari de la tutela dels menors.

Les incapacitats jurídiques que afecten la persona que està en la condició de menor d'edat són, essencialment, les mateixes que afecten l'interdicte: prohibició absoluta de casament, incapacitat total en matèria d'accions personals per a les quals no es pot preveure una representació, prohibició de testar, privació dels drets polítics.¹⁴ S'hi preveu una mesura de publicitat particularment vergonyant: la menció de l'estatut en el carnet d'identitat.

La rigidesa dels estatuts previstos pel dret belga ens porta a plantejar la pertinència de reformes molt puntuals que, al seu torn, introdueixin nous estatuts al costat dels estatuts originals i en mantingui intacta la seva economia general (la reubicació a la situació jurídica d'un menor d'edat; la impossibilitat en què es troba el tribunal d'amoïllar la seva decisió a les necessitats de la persona: el seu poder es limita a acceptar o rebutjar l'adopció d'un estatut). La introducció de la "minoria prolongada" correspondria, sens dubte, a la voluntat lloable d'evitar la molèstia del procediment d'interdicció. El seu centre de gravetat ha de ser la família, i la intervenció jurídica només s'hi pot produir en cas que es posi sota estatut, en cas de conflicte important o per ordenar l'aixecament de la mesura. Les estadístiques¹⁵ indiquen una certa popularitat d'aquest estatut, però hem d'assenyalar que la llibertat d'elecció de les persones afectades o dels seus pares és terriblement limitada per l'absència d'altres estatuts més flexibles.

Entre les altres reformes concretes que han introduït estatuts intermedis entre les situacions extremes heretades del codi napoleònic, n'assenyalarem les següents:

La **lleï federal suïssa del 6 d'octubre de 1978**¹⁶ introdueix els articles 397 a a f en el Codi Civil. Aquests articles organitzen el règim de la privació de llibertat amb finalitats d'assistència que, sense atènyer la capacitat jurídica, permet que l'autoritat cantonal competent internï o retengui una persona en un establiment adequat. La mesura es pot combinar amb els altres estatuts existents (tutela, curadoria o consell legal).

Els motius d'aquesta mesura són definits en l'article 397 a: malaltia psíquica, debilitat mental, alcoholisme, toxicomania o greu estat d'abandó. No caldrà aplicar la mesura en el cas que s'hi pugui aportar assistència personal d'alguna altra manera.

L'apartat 2 del mateix article introdueix una disposició que fa considerar l'interès de certs tercers: *"Si s'escau, també es podran tenir en compte els càrrecs que la persona imposi al seu entorn"*.

L'apartat 3 disposa que *"la persona haurà de ser alliberada tan aviat com el seu estat ho permeti"*. En la majoria dels casos l'aixecament de la mesura, tanmateix, només podrà ser decidida per la direcció de l'establiment on hagi estat internada la persona. Atès que l'autoritat ha pres la decisió de tutela, és ella qui n'haurà de decidir l'alliberament.

El procediment és administratiu. El dret de cada cantó és el que n'ha de determinar l'organització, amb garanties essencials que determina la llei federal.

L'autoritat competent és, en principi, l'autoritat de tutela cantonal del domicili de la persona. El dret federal no conté cap exigència concreta en aquest estadi del procediment: segons sembla, no és necessària la compareixença personal en el cas d'un control judicial eventual. Això no és sistemàtic. Així, l'article 397, apartat 1, indica que *"la persona en causa o bé una persona que li sigui propera podrà fer apel·lació escrita al jutge, en deu dies comptadors a partir de la comunicació de la decisió"*. L'apartat 2 defineix aquest dret en cas de rebuig d'una sol·licitud d'alliberament.

L'article 397 c formula cinc exigències que ha de respectar el dret cantonal que organitzi el procediment: informació escrita sobre els motius i les possibilitats de recurs en cada decisió i en cas d'internament en un centre per a disminuir; transmissió immediata de les peticions al jutge competent; efecte

suspensiu que l'autoritat pot acordar per mitjà de decisió judicial; peritatge, quan es tracti d'una malaltia psíquica.

El procediment judicial hi ha de ser senzill i ràpid, i ha de preveure la possibilitat d'una assistència jurídica i la compareixença personal de l'interessat.

La llei holandesa del 15 de maig de 1981¹⁷ introdueix la institució del *beschermingsbewind* (articles 431 al 439 del Codi Civil). Abans d'aquesta reforma no hi havia altre estatut que el de la tutela (en holandès, *curatele*), que comportava una incapacitat total d'exercici. Es tracta d'una representació patrimonial, l'abast de la qual pot ser general o limitada a certs béns. Remetem el lector a la nota dedicada al dret holandès, en l'annex, per a l'examen d'aquest règim, com també per a l'anàlisi de noves reformes en estudi.

Itàlia i l'Alemanya federal s'han mantingut fins ara apartades del moviment de revisió del dret tutelar.

El cas d'Itàlia és més sorprenent si tenim en compte que es tracta del primer país europeu que ha abolit l'internament psiquiàtric per la llei 180, del 23 de desembre de 1978, relativa a l'abolició de l'article 420 del Codi Civil.¹⁸

Un breu repàs de les institucions que preveu el dret italià dels discapacitats majors d'edat ens pot il·lustrar perfectament el funcionament del dret tutelar "clàssic" en tot el seu rigor.

S'hi organitzen dos estatuts: la tutela, que resulta de la interdicció (article 414 del Codi Civil) i la curadoria, que resulta de la *inabilitazione* (art. 415 del Codi Civil).

La interdicció s'imposa quan la persona major d'edat o la menor emancipada "*es troben en condicions de malaltia psíquica habitual que les fa incapaces de vetllar pels seus propis interessos*" (art. 414 del Codi Civil). S'ha preferit aquesta formulació, que reprèn essencialment la del Codi Civil de 1865, a la definició tripartida del Codi Napoleònic (imbecilitat, demència i furor) per tal de permetre que els jutges mateixos apreciïn els casos que els siguin sotmesos, sense que es vegin limitats a categories que corresponen cada cop menys a les nocions mèdiques en evolució. La interdicció comporta una incapacitat d'exercici global.

La sol·licitud pot ser presentada pel cònjuge, els parents fins a quart grau, els parents per afinitat fins a segon grau, el tutor o el curador (en el cas del pas de la tutela a la curadoria o a la inversa), o bé el ministeri públic. Si la persona es troba sota l'autoritat paterna, o bé té un curador que és el seu pare o la seva

mare, la sol·licitud només podrà ser presentada per aquest progenitor o bé pel ministeri públic. El problema de saber si la persona afectada pot presentar una demanda de tutela o curadoria no és objecte de solució unànime,¹⁹ però generalment la resposta de la doctrina hi és negativa.

El procediment implica la compareixença de la persona protegida (en cas de rebuig de comparèixer o d'impossibilitat material, el problema de la constitucionalitat del judici d'interdicció és en controvèrsia).²⁰ Els peritatges es deixen al parer discrecional del jutge.

L'article 424 del Codi Civil defineix els poders del tutor de l'interdicte amb una remissió a l'article 343 del Codi Civil, sobre la tutela de menors. El jutge ha de triar com a tutor entre:

- 1) el cònjuge major d'edat, llevat que n'estigui separat;
- 2) el pare;
- 3) la mare;
- 4) un fill o una filla que siguin majors d'edat;
- 5) una persona designada eventualment pel darrer parent en vida per testament, acta pública o acta signada privada i autenticada.

L'article 354 del Codi Civil permet confiar la tutela a un organisme d'assistència comunitària o a la institució en què resideix la persona protegida. Aquesta disposició s'aplica únicament si es demostra que una tutela familiar hi és impossible. Sembla força perillós des del moment en què una institució reuneix, d'aquesta manera, totes les competències per actuar en nom de la persona que li ha estat confiada, sobretot si tenim en compte que l'article 355 del Codi Civil exclou el nomenament d'un tutor subrogat (*protutore*) en aquest cas. D'acord amb els jutges de tutela que hem consultat, aquest cas, de fet, és excepcional quan es tracta de discapacitats majors d'edat.

El control judicial sobre l'activitat del tutor es limita a determinats actes de disposició patrimonial, com també a l'autorització per intentar accions judicials (art. 374 del Codi Civil i següents).

L'article 379 del Codi Civil preveu, en principi, la gratuïtat de la tutela, si bé es pot fixar una indemnització equitativa si el patrimoni de la persona interdicta així ho permet. La definició de la responsabilitat del tutor és administrar el patrimoni com un bon pare de família (article 382 del Codi Civil).

El caràcter sancionador de la tutela, el fa ressaltar l'extensió automàtica legal de la interdicció a qualsevol persona que hagi estat condemnada a una pena no inferior a cinc anys de privació de llibertat (sense que això comporti, tanmateix, una pèrdua de capacitat dels drets estrictament personals).

La *inabilitazione* pot ser dictaminada a persones malaltes psíquiques l'estat de les quals no és prou greu per provocar la interdicció; a persones pròdigues; a persones que, a causa de l'abús de begudes alcohòliques o de drogues, s'exposen o exposen les seves famílies a greus perjudicis econòmics; a sords-muts o cecs (de naixement o des de la primera infantesa) que no han rebut prou educació (art. 415 del Codi Civil). Podem assenyalar la diferència de terminologia entre l'article 414 i l'article 415, que fa obligatòria la interdicció quan s'hi compleixen les condicions i quan la *inabilitazione* és facultativa.

La curadoria és un règim estrictament patrimonial que l'article 424 defineix en relació amb l'estatut del menor emancipat (art. 390 del Codi Civil i següents).

La persona afectada pot complir tots els actes jurídics de caire no patrimonial, com també els actes d'administració ordinària. Necessita l'autorització del curador si vol disposar del seu capital o actuar davant la justícia. Per a qualsevol acte que ultrapassi l'administració ordinària, l'assistència del curador ha de tenir el suport de l'autorització del jutge tutelar.

En cas de conflicte entre la persona protegida i el seu curador, el jutge tutelar pot nomenar un curador especial per tal que aporti la seva autorització en substitució de la del curador (article 395 del Codi Civil). Els actes que es duguin a terme en violació d'aquestes regles seran anul·lables.

Tot i que una part important de la doctrina italiana critica la inadequació dels sistemes actuals de protecció jurídica dels discapacitats majors d'edat, la seva reforma no sembla imminent.²¹

A l'**Alemanya federal** es preveu de manera immediata una reforma radical. Aquesta reforma ha estat preparada per un grup de treball del Ministeri federal de Justícia, format al 4 d'abril de 1986. Les associacions de defensa dels disminuïts psíquics han estat àmpliament vinculades a la discussió del projecte de llei presentat al final de l'any 1987. Es tracta encara, únicament, d'un material de discussió, i es pot preveure que la seva adopció trigarà encara dos o tres anys.

Les grans línies de la reforma prevista són les següents:²²

El procediment d'interdicció serà abolit. La tutela i la curadoria dels majors d'edat seran substituïdes per un nou estatut, la *Betreuung*. La manera d'eli-

minar les tuteles i curadories anteriors encara és objecte de discussió, però el seu principi no presenta cap dubte.

La petició de *Betreuung* només podrà ser presentada per la persona interessada o bé pel ministeri públic. Haurà de ser seguida per un peritatge pluridisciplinari que cobreixi els aspectes mèdics, psicològics i socials.

El jutge tutelar haurà de tenir una entrevista amb la persona afectada en el seu medi habitual. Aquesta persona, a petició pròpia, podrà estar acompanyada d'una persona de confiança a elecció seva. Es podrà designar un curador *ad litem* i, com a regla general, no serà designat posteriorment com a *betreuer*.

La persona afectada, els seus pares o els membres de la seva família podran intentar apel·lar contra el *betreuung* o contra el rebuig d'aquesta mesura.

El *betreuung* no comporta, en principi, cap incapacitat, i els drets constitucionals de la persona hauran de ser respectats. La decisió judicial haurà d'establir quins són els camps pels quals cal establir una assistència, i delimitarà igualment el camp de les competències del *betreuer*. Dins d'aquests límits, aquest darrer disposarà d'un poder de representació que no podrà afectar de cap manera la capacitat de la persona afectada, i les seves decisions s'hauran d'inspirar en els desitjos d'aquesta persona, tret que afectin els seus interessos. Un dels criteris que es plantegen és el de la realització d'una vida tan autònoma com sigui possible.

Únicament un decret especial podrà subordinar, si s'escau, algunes decisions de la persona afectada al consentiment del seu *betreuer*.

El *betreuer* serà l'única persona que sense l'autorització d'un jutge tutelar podrà prendre determinades decisions en matèria de tractament, l'internament en una institució tancada o un canvi de residència. Aquesta mesura s'estendrà a tots els casos en què una persona es mostri incapaç de traslladar-se fora del seu lloc de residència, especialment per una medicació permanent.

Únicament un *betreuer* nomenat especialment a aquest efecte i amb l'autorització del jutge tutelar podrà decidir una mesura d'esterilització per a una persona incapaç de consentir-hi. Caldrà que hi hagi les condicions següents:

- cap objecció per part de la persona afectada;
- incapacitat permanent de donar-hi el seu consentiment;
- risc important de procreació;

- condicions de no-imputabilitat d'un avortament en els termes de l'article 218, a, secció 1, secció 2, núm. 1 i 2 del Codi Penal;
- cap mesura de contracepció no hi resulta satisfactòria.

El nomenament d'un *betreuer* es limitarà a un període de cinc anys. En cas de prolongació de la mesura haurà de seguir el mateix procediment que el que correspon a la seva adopció. El *betreuer* estarà obligat, en les seves relacions amb el jutge tutelar, a esmentar les circumstàncies que li permeten aixecar aquesta mesura.

La prioritat concedida a les necessitats personals ha estat l'origen de les regles relatives a la designació d'un *betreuer*: es tractarà preferentment de la persona que proposi la persona protegida. Si aquesta no s'hi pronuncia, caldrà designar algú que hi tingui una relació personal estreta. S'hi preveu la possibilitat de la designació de tots dos pares, però el jutge no hi ha d'estar vinculat automàticament quant als graus de parentiu. Únicament podran ser designades les persones físiques, i hi haurà incompatibilitat entre la funció de *betreuer* i el fet de treballar en una institució que s'ocupi de la persona afectada.

NOTES

- (1) Les quatre reformes més significatives són les de la llei francesa del 3 de gener de 1968, de la llei sueca del 20 de desembre de 1974, de la llei austríaca del 2 de febrer de 1983 i de la llei espanyola del 24 d'octubre de 1983. Per tal d'evitar fer massa feixuc el text, ens remetem a les notes particulars, recollides per Isabey pel que fa al dret francès i per Arruti i Basoco quant al dret espanyol.
Hi ha tantes particularitats del dret tutelar anglès que n'hem fet un recull en una nota més detallada en l'annex. Assenyalem que la llei luxemburguesa de l'11 d'agost de 1982 reprèn les disposicions de la llei francesa del 3 de gener de 1968, però la seva aplicació topa amb la dificultat de l'absència de tutors d'Estat. Aquest fet comporta, en cas d'absència de la família, la designació automàtica d'un responsable de la tutela, la missió del qual es limita als interessos patrimonials.
- (2) Va entrar en vigor l'1 de gener de 1976. Per a una explicació més detallada, vegeu STERNER, *Modernized Swedish legislation on guardianship and trusteeship* (1975).
- (3) HERR, S., *Legislative developments relating to mental handicap*, pàg. 6.
- (4) Organitzada per la llei del 28 de novembre de 1898, modificada per la llei del 22 d'abril de 1927.
- (5) Llei núm. 277, del 30 de juny de 1922, esmenada per la llei núm. 443, del 3 d'octubre de 1985.
- (6) "136. Bundesgesetz vom 2. Feber 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen", *Bundesgesetzblatt*, 1983, 55. Stück, 4 de març de 1983.
- (7) Les disposicions sobre la interdicció han estat completades per una ordenança del 28 de juny de 1916, modificada per la llei del 20 de novembre de 1958.
- (8) Traduïm *Sachwalter* per administrador, més aviat que no per administrador de béns, que evoca una noció centrada en els aspectes patrimonials. Es tracta d'un administrador dels interessos en el sentit més ampli, de la *causa*.
- (9) És el que s'extreu d'una resposta que ens ha enviat el Ministeri federal de Justícia el 14 de gener de 1988.
- (10) "Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen, 9. August 1854" (modificada per darrer cop per la llei federal BGBl núm. 304/1978).
- (11) Això es desprèn de la privació de drets polítics, mesura sorprenent en el context d'una reforma, d'altra banda, tan preocupada per la preservació dels drets de la persona (article 8 de la llei del 2 de febrer de 1983, que modifica el paràgraf 24 del reglament electoral per a l'Assemblea Nacional).
- (12) "Gesetz 6. Juli 1938, deutsches RGBl, I S 807 zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung" (modificada per darrer cop per la llei federal 303/1978).

- (13) Resposta al nostre qüestionari del Ministeri federal austríac de Justícia el 14 de gener de 1988, pàg. 6.
- (14) Tot i que la doctrina considera que l'assimilació a un menor d'edat (article 478 bis, apartat 4) únicament té conseqüències sobre els drets civils, la privació dels drets polítics es despren de l'article 7, 1r., del Codi electoral.
- (15) Trobem estadístiques parcials en CAHEN, N., "Chiffres et données statistiques concernant l'application de la loi du 29 juin 1973", dins *La minorité prolongée. Dix ans d'application de la loi du 29 juin 1973* (1983). Una mica més de la meitat dels tribunals de primera instància havien contestat el qüestionari. Aquestes respostes assenyalen que 2.426 de les 2.511 peticions havien estat acollides favorablement. Únicament hi ha hagut 10 judicis de retirada de l'estatut (menys d'un 0,5 per cent!).
- (16) Va entrar en vigor l'1 de gener de 1981.
- (17) *Staatsblad* 283, que va entrar en vigor l'1 de setembre de 1982.
- (18) El dret portuguès ofereix solucions molt semblants a les del dret italià. És per això que ens limitarem a esmentar-lo en aquesta nota. Les dues diferències principals afecten la flexibilitat de la *inabilitação* portuguesa i la possibilitat de fer internar durant un període d'un mes com a màxim una persona per a la qual s'hagi proposat una tutela i per a la qual el peritatge no aconsegueixi determinar si les condicions d'incapacitat són completes. Aquest internament té l'objectiu de permetre un examen aprofundit de la persona. La petició ha de sorgir de la persona que hagi sol·licitat la tutela (vegeu la resposta al nostre qüestionari que Fouto Pólvora ens va enviar el 27 de gener de 1988).
- (19) Vegeu SCARDULLA (1971) i les referències que fa en les notes 39 a 43.
- (20) Vegeu SORACE (1971), pàg. 969-970 i Cass., 10 d'agost de 1979, *Foro Italico*, 1980, I, 1057; Trib. di Torino, Ordinanza, 8 de maig de 1981, *Foro Italico*, 1982, I, 2102.
- (21) Vegeu les actes del col·loqui de Perusa (gener de 1985), dedicat a la situació jurídica dels disminuïts psíquics, organitzat per la Universitat de Perusa i l'ANFASS. Russo ha estat prou amable de facilitar-nos una síntesi dels informes, la publicació dels quals s'ha previst per a l'any 1988.
- (22) Aquesta apreciació del projecte alemany de reforma es basa principalment en una exposició que va fer U. Hellmann el 23 de febrer de 1988, com també en una carta que ens ha adreçat el 14 de març de 1988.

CAPÍTOL II

ESBÓS D'UNA TIPOLOGIA DELS ESTATUTS

Un estatut tipus, fins i tot en un espai jurídic circumscrit i relativament homogeni, ha de ser exclòs: en l'interior mateix del grup de països que tenen un dret tutelar derivat directament del Codi Napoleònic la diversitat de les solucions no prové únicament de punts de vista diferents que podríem creure arreglerats en una espècie de visió cronològica, d'un estadi arcaic, el del Codi Civil original, a un estatut tipus que expressaria les exigències actuals. Aquesta diversitat també és condicionada pels inconvenients que posen les altres esferes del dret sobre el dret tutelar: un estatut uniforme no s'arribaria a adaptar a unes organitzacions judicials, unes regles de procediments, uns drets de les persones morals o unes regles de responsabilitat civil¹ amb unes divergències profundes.

Per contra, es pot assenyalar —en tots els sistemes— allò que afavoreix la garantia dels drets fonamentals i la flexibilitat dels estatuts i allò que s'hi oposa. Des d'aquesta òptica, proposem una tipologia dels estatuts.

RIGIDESA I FLEXIBILITAT EN LA DEFINICIÓ DELS ESTATUTS

- A. Els estatuts tradicionals tendeixen a fixar la situació jurídica dels discapacitats per una definició legal de les competències respectives del representant i de la persona que és posada sota estatut. La tècnica utilitzada és generalment la del retorn a la situació d'un menor.

Els estatuts recents tenen tendència a limitar la tècnica del retorn a la destinació dels drets patrimonials, seguint generalment una divisió quadripartida:

- actes que pot complir la persona afectada per ella mateixa;
- actes que pot complir la persona afectada amb el consentiment del representant (o, si no n'hi ha, l'autorització judicial);
- actes que pot complir el representant tot sol;

— actes que pot complir el representant amb l'autorització d'un òrgan de control familiar o judicial.

Alguns estatuts recents permeten que el jutge modifiqui la distribució dels drets segons la situació personal del discapacitat. Això és el que preveu l'article 210 del Codi Civil espanyol, que disposa: "La sentència que declara la interdicció (*incapacitación*) en determinarà l'extensió i els límits, com també el règim de tutela o de guarda a què s'haurà de sotmetre l'interdicte".

· L'article 273 del Codi Civil austríac conté una disposició semblant.

Els drets holandès, portuguès i alemany federal han conservat una solució mixta. L'estatut més dur, el de la interdicció, comporta una pèrdua de capacitat automàtica, l'amplitud de la qual és determinada per la llei. L'estatut menys dur és adaptat pel jutge a la situació concreta de la persona.

Així, en el dret holandès, l'article 431 del Codi Civil indica que el jutge cantonal determinarà quins són els béns que seran administrats pel *bewindvoerder*. Aquesta definició podrà ser modificada arran de la petició de la persona que ha introduït el procediment, l'administrador dels béns, el ministeri públic o amb la iniciativa del jutge (article 433, apartat 2).

L'article 1910 del Codi Civil d'Alemanya occidental conté una disposició similar referent a la curadoria (*Pflegschaft*).

Aquesta flexibilitat, no la tenen la majoria dels sistemes que han mantingut les tècniques del retorn del Codi napoleònic. Així, a Bèlgica, a França, a Itàlia i a Suïssa l'estatut adoptat tendeix a aportar una resposta automàtica a la qüestió del repartiment de competències.

Pel que fa a França, aquesta afirmació ha de ser matisada. L'article 501 del Codi Civil preveu que el jutge tutelar, d'acord amb el parer del metge que fa el tractament, pot enumerar certs actes que la persona posada sota tutela tindrà la capacitat de fer per ella mateixa o amb l'assistència del tutor o de la persona que hi ha en lloc seu. Aquesta flexibilització de les discapacitats es pot produir mentre s'està sota estatut o posteriorment.²

Aquesta problemàtica es planteja de manera diferent en els països europeus de *common law* (Anglaterra, Escòcia, Irlanda del Nord, Irlanda), on un estatut de protecció judicial (*Ward of Court* a Irlanda, sota la jurisdicció de la *Court of Protection* a Anglaterra i al País de Gal·les) no implica discapacitat automàtica. La decisió judicial que atorga l'estatut no ha de definir necessàriament quins són els drets l'exercici dels quals és assegurat a la persona protegi-

da. Caldrà donar-hi una resposta cas per cas. D'altra banda, en la hipòtesi d'un recurs a institucions de dret privat, com ara el *Trusteeship* o l'*Agency*, el repartiment de les competències serà funció de l'acte que crea la relació entre la persona protegida i el *trustee* o l'*agent*.

ESTATUT PATRIMONIAL - ESTATUT PERSONAL

B. L'origen de les institucions de tutela ha creat una situació ambigua en la qual, en molts països, l'única possibilitat d'assegurar una certa representació dels interessos no patrimonials consistia a adoptar l'estatut que comportava la incapacitat més gran.

Tradicionalment, els estatuts menys durs eren estatuts exclusivament patrimonials.

És una situació que preval encara avui a Bèlgica, amb la institució del consell judicial (article 513 i següents del Codi Civil); als Països Baixos, amb l'*onderbewindstelling* (article 431 i següents del Codi Civil);³ a Itàlia, amb la *inabilitazione* (article 415 del Codi Civil). A Alemanya federal, l'article 1910 del Codi Civil disposa que la curadoria s'apliqui particularment a les qüestions pecuniàries, sense que això hi exclogui, però, altres competències eventuais.

D'altra banda, els estatuts que tenen una vocació global perquè tendeixen a arrossegar una discapacitat general, no sempre estableixen regles de prioritat.

La situació francesa és interessant.⁴ Els treballs preparatoris de la llei del 3 de gener de 1968 esmentaven la revisió probable de la llei del 30 de juny de 1938, que hauria permès aportar una resposta més completa als problemes que plantegen les necessitats personals. La llei se centra en les disposicions patrimonials i preveu generalment la intervenció del jutge tutelar per a certs actes personals importants, com ara el casament, la paternitat, el divorci i la separació de cossos.⁵ D'altra banda, l'article 464, apartat 3, no permet que el tutor prengui tot sol la iniciativa d'accions no patrimonials; ha d'obtenir l'autorització del consell de família. Això comporta un control judicial, que pot intervenir a partir de tres mecanismes: presidència del consell familiar pel jutge tutelar (article 415 del Codi Civil); recursos oberts contra les decisions d'aquest consell (article 1222N del Codi processal civil); intervenció directa del jutge tutelar en els règims sense consell familiar (administració legal, tutela d'Estat).

Fora d'aquestes disposicions, la protecció dels interessos personals dependrà sobretot del tipus de tutela instaurada.

Paradoxalment, l'elecció del tipus de tutela no va lligada a una avaluació de les necessitats d'una guia personal, sinó a la del patrimoni i al context familiar.

La solució de la tutela plena (amb tres òrgans: consell familiar, tutor i tutor subrogat) és la menys estesa. Permet designar dos tutors: un dels béns i l'altre de la persona (article 417 del Codi Civil). Però aquesta fórmula sembla força excepcional.

En força casos, l'administració legal serà preferible a la tutela plena. Aquella comporta l'existència d'una persona prou pròxima (ascendent, descendent, germà o germana, article 497 del Codi Civil) i combina avantatjosament la flexibilitat i el control judicial.

Però quan aquestes solucions no poden ser aplicades el jutge tutelar pot triar entre la gerència de tutela i la tutela d'Estat.⁶ Si el criteri imposat per la llei és la importància del patrimoni per gestionar (article 499 del Codi Civil), la transcendència d'aquesta elecció per a les necessitats personals és enorme. En efecte, la gerència de tutela es limita a la percepció i a la gestió de les rendes (article 500 del Codi Civil).⁷

El règim més innovador que resulta de la reforma de 1968 es troba limitat d'aquesta manera en la seva aplicació pel joc de criteris patrimonials que no permeten que el jutge tutelar basi la seva decisió en l'interès més general de la persona.

El dret anglès fa una clara distinció entre el règim del *guardianship* i el control que exerceix la *Court of Protection*. Aquesta diferència no recupera del tot la distinció entre els interessos patrimonials i els altres interessos personals. Aquests darrers no resulten pas tots de la competència d'un *guardian*.

El dret holandès haurà limitat els seus estatuts menys durs amb l'adopció del projecte de *mentorschap*.

Aquesta dualitat institucional no constitueix l'única aproximació possible. L'essencial és fer prevaler el manteniment de la més àmplia autonomia de decisió en matèria personal i, per tant, la subordinació de la gestió patrimonial a una finalitat no patrimonial, que és la d'assegurar les millors condicions de benestar. El problema no se situa tant en l'àmbit de les tècniques de gestió patrimonial (que sembla que funcionen generalment sense gaires dificultats) com en la finalitat d'aquesta gestió: mantenir el patrimoni intacte en vista dels interessos dels teni-

dors de dret eventuais (la persona discapacitada és vista com un pas difícil de travessar per un patrimoni familiar) o utilitzar el patrimoni per tal que la persona en gaudeixi efectivament amb les millors condicions possibles.

Les reformes nòrdiques, espanyola i austríaca han situat el benestar de la persona sota estatut com a criteri essencial de les decisions.

L'article 280 del Codi Civil austríac formula aquesta exigència quan presenta la determinació del *Sachwalter* pel jutge.

El Codi Civil espanyol procedeix de manera diferent en la mesura que les regles que es refereixen al funcionament de la tutela són formulades en un capítol únic que afecta tant la tutela dels menors com la dels discapacitats. L'article 269 del Codi Civil posa clarament l'èmfasi en els aspectes no patrimonials de la missió del tutor: obligació alimentària, educació i formació integral, promoció o recuperació de la capacitat de la persona protegida i de la seva millor integració social. L'apartat 4 preveu que el rendiment anual de comptes, tradicional en quasi tots els sistemes, vagi acompanyat d'una informació sobre la situació de la persona.

ESTATUT D'INTERDICCIÓ / ESTATUT SUPLENT PER A LES PERSONES DISCAPACITADES PARCIALES

- C. Aquesta distinció no perjudica necessàriament la que hi ha establerta entre la rigidesa i la flexibilitat. El problema plantejat aquí no és el de la "carta" de les competències respectives del representant i de la persona afectada, sinó el de la destinació dels actes que es trobarien en un *no man's land*, fora de la capacitat de la persona per un procediment d'interdicció i que no poden ser exercits pel representant a causa del seu caràcter estrictament personal. La regla que cal plantejar seria la d'una capacitat de principi, i el paper del tribunal no és la de retirar-la si s'escau, sinó d'exercir un control sobre la realitat del consentiment. Així, es pot creure que una adopció requereix una capacitat mental superior a un casament, però si la voluntat és certa no n'hi hauria d'haver prou amb un criteri sobre l'oportunitat de l'acte per anul·lar-lo.

Aquesta òptica no planteja cap problema de principi en els països del *common law*. En la pràctica, tot depèn de les deduccions que el jutge (o una norma

legislativa) pensa treure de la institució de l'estatut en la determinació de la capacitat per complir un acte concret. Si s'adopta com a *test* el problema de l'exercici dels drets polítics, es constata que la tendència que domina en el dret anglès és assegurar l'efectivitat d'aquests drets.⁸

Un dels aspectes importants de les reformes nòrdiques, austríaca i espanyola ha estat el replantejament de cada incapacitat parcial que comportava el règim d'un acte determinat (casament, divorci, drets polítics, etc.) i la tendència a abolir les discapacitats automàtiques lligades a un estatut de protecció. Les solucions adoptades difereixen, però l'evolució general és idèntica. Així, el dret espanyol ha abolit la discapacitat de principi en matèria electoral, però ha mantingut una discapacitat per testar.⁹ El dret austríac ha restablert la capacitat de testar, seguint unes modalitats particulars, però ha mantingut la privació dels drets polítics.

Un dels límits més importants del règim de la minoria d'edat prolongada a Bèlgica és haver de conservar el sistema de les discapacitats automàtiques en tot el seu rigor.

Els règims de prohibició revelen unes diferències significatives sobre la qüestió del casament: les lleis francesa, suïssa i holandesa preveuen procediments d'assentiment o d'autorització que permeten que l'interdicte es casi. Al contrari, les lleis belga, italiana i d'Alemanya federal fan de la prohibició una causa de discapacitat absoluta en aquest terreny.

ESTATUT DE REPRESENTACIÓ / ESTATUT D'ASSISTÈNCIA

D. Les reformes sueca i austríaca se centren en fórmules d'assistència que substitueixen la representació tradicional. Les declaracions del Ministeri federal de Justícia d'Alemanya occidental indiquen que aquesta serà l'orientació de les reformes previstes.¹⁰

L'avantatge dels estatuts d'assistència és evident, però no ha d'amagar la importància de definir les regles que permeten aclarir un possible conflicte.

És la dificultat que planteja, per exemple, la proposició belga d'introduir la figura del mentor. Segons l'exposició de motius, el tribunal decidirà en cas de conflicte, però "*compremem que les decisions del tribunal sovint no podran ser*

executades per la força pública (...), cosa que no hauria de justificar una abstenició dels jutges, ja que creiem en la força moral de la decisió de justícia".¹¹ Aquesta aproximació no és gaire compatible amb les exigències de la seguretat jurídica.

Les solucions que mantenen els drets austríac i suec eviten aquesta ambigüitat: en un règim d'assistència, la voluntat de la persona preval sobre el resultat d'un debat judicial.

LES FÓRMULES D'INTEGRACIÓ DE LA REPRESENTACIÓ I DE L'ASSISTÈNCIA

E. Els sistemes austríac, francès, espanyol i suec permeten la designació d'un representant que pertoca a un servei social o a una associació. Aquesta evolució respon a diverses preocupacions que suscita una representació aïllada (generalment en el marc familiar): la continuïtat, la unitat d'un projecte educatiu o d'integració, els mitjans materials i el personal al servei d'aquest projecte. La diferència entre el sistema suec i els altres sistemes esmentats és que aquell preveu d'ofici que qualsevol representació o assistència s'integri en un marc col·lectiu. A França i a Espanya, una solució així només és prevista a manca de solució familiar.

El dret austríac formula altrament les prioritats: s'ha de tractar d'una persona pròxima i adequada (article 281 del Codi Civil).

La integració en una estructura col·lectiva no va automàticament lligada a la qüestió de la representació per persones morals. En els sistemes del *common law*, on el concepte mateix de persona moral no és utilitzat (les nocions de *corporate body* i d'*authority* no el recullen), es poden integrar perfectament representants individuals en una estructura col·lectiva que els orienta, els sosté i intervé segons convingui en els conflictes judicials. Aquesta solució és prevista igualment pel dret suec.

Les característiques del mecanisme d'integració poden variar considerablement. El dret austríac confia les tasques de representació i d'assistència a associacions de dret privat, acceptades i finançades pels poders públics. El dret suec i el dret anglès (quant a la *guardianship*) se centren en estructures administratives descentralitzades. El dret francès ha optat per una fórmula mixta: les tutelles poden ser delegades a associacions de dret privat o a serveis socials

descentralitzats dependents de la DASS (Direcció Departamental d'Acció Sanitària i Social).

El que sembla sobretot important és que al costat d'un control jurisdiccional que fixa una orientació general i desfà els conflictes hi ha una estructura col·lectiva que disposa d'una experiència, de recursos i d'un personal especialitzat que permet un millor ús dels serveis, i actua, si s'escau, d'intermediari entre la persona protegida, el seu representant individual i les autoritats públiques o les institucions de tractament, d'educació, etc. En aquest cas, es pot parlar de l'emergència d'una forma de representació col·lectiva, les funcions de la qual desborden la representació jurídica d'una persona protegida o altra i inclouen l'assistència, el consell i la negociació. El terme anglès *advocacy* correspon bé a aquesta multiplicitat de funcions, algunes de les quals són legalment formalitzades i unes altres apareixen al llarg de la pràctica legislativa, administrativa o mèdico-social.

ELS MECANISMES DE CONTROL

F. Els mecanismes de control no estan lligats necessàriament a la naturalesa del representant. En el sistema francès, si bé la tutela s'ha mantingut essencialment familiar, el jutge tutelar disposa també d'un poder de control molt eficaç.

El consell familiar i les institucions que s'hi relacionen (tutor subrogat, cotutor) constitueixen difícilment una instància on decidir els conflictes. El seu origen s'ha de buscar més en la recerca de les relacions entre el representant i els tenidors de dret potencials que no entre el representant i la persona protegida.

La importància d'un control jurisdiccional permanent, i no d'un simple poder de destitució del representant, és un dels punts crucials de qualsevol reforma. Pel que fa al cas, el projecte holandès de *mentorschap* mereix una discussió atenta. Les seves motivacions troben molt àmpliament els principis avançats pels moviments de reforma del dret dels disminuïts psíquics. Se centra en la preocupació del benestar en el tractament i en la prioritat atorgada als factors que condicionen la salut física i psíquica pel que fa a les preocupacions purament patrimonials. I, tanmateix, deixa la impressió d'una ambigüitat peri-

llosa per la feblesa dels mecanismes de control que podrien fer de contrapès a les competències concentrades del mentor.

Les exigències essencials que s'hi poden formular són les següents:

- a) **Dret de possessió automàtica** de la instància de control per a qualsevol decisió important que afecti l'estatut o la llibertat de la persona. En certs països, aquestes mesures poden ser adoptades per un òrgan administratiu sense cap altre control que en cas d'apel·lació formulada per la persona afectada o per algú que pugui actuar en nom seu. És el cas de la *guardianship* en el dret anglès o de les mesures de privació de llibertat amb finalitats d'assistència en dret suís. De manera general, pot ser útil desenvolupar els casos de revisió automàtica per a un cert nombre de decisions que afectin interessos essencials.

- b) **Revisió periòdica** dels estatuts.

Aquesta solució és adoptada en el dret anglès (pel que fa a la *guardianship*), austríac i suec. Sembla que s'ha integrat en la pràctica dels jutges tutelars a França. La revisió dels estatuts és l'única mesura que pot donar el seu ple vigor a l'exigència generalment formulada pel dret de cercar solucions que afectin la llibertat i la capacitat tan poc com sigui possible.

- c) **Poder de sanció, de substitució i d'orientació.**

És important que la jurisdicció competent no tingui els seus mitjans de control limitats a un poder de destinació del representant. Un veritable control jurisdiccional ha d'incloure el poder de definir les orientacions de la tutela i ha de comportar els mecanismes que permetin, en cas de conflicte, substituir la decisió del representant per una altra decisió sense recórrer a l'argument últim de la seva substitució.

La qüestió de la utilitat de jurisdiccions especialitzades no pot rebre, sens dubte, una resposta uniforme. L'experiència dels jutges tutelars a França ha donat resultats molt positius. Però més que no sobre una fórmula orgànica determinada, l'atenció s'hauria de centrar sobre l'aportació jurisprudencial,¹² la capacitat dels jutges de copsar el nus dels conflictes i la celeritat dels procediments quan es plantegen qüestions urgents. El reconeixement de l'interès que té la persona protegida en tot procediment lligat al seu estatut¹³ es pot traduir en formes de representació *ad litem* quan hi ha un conflicte d'interessos entre ella i el seu representant.

NOTES

- (1) En l'únic àmbit de la responsabilitat civil, el dret francès i el dret belga, generalment força propers, han adoptat solucions molt diferents. A Bèlgica, l'article 1386 bis (creat per la llei del 16 d'abril de 1935) preveu que el jutge estatuirà en equitat per apreciar l'import de la reparació del dany causat per una persona en estat de demència, en un estat greu de desequilibri mental o de debilitat mental, que la fa incapaç de controlar les seves accions.
A França, l'article 489-2 del Codi Civil, introduït per la llei del 3 gener de 1968, obliga a reparar íntegrament el dany. Tracta de la jurisprudència de la sentència *Trichard* (Cass. 18 des. 1964, D., 1965, 191, concl. Schmelck, nota Esmein).
- (2) En ser de dret públic la prescripció dels drets polítics, el jutge tutelar no podria, per donar aplicació a l'article 501, mantenir la capacitat electoral d'una persona sota tutela. (Cass. 9 de novembre de 1982, D. 1983, 388, nota Massip).
- (3) Sota reserva de la institució del *mentorschap*, que modificaria aquesta situació.
- (4) Vegeu Fossier, "Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur", *J.P.C.*, 1985, I, 3195; i Cl. Geoffroy, "Observation sous 1^e Ordonnance juge des tutelles de Lyon, 14 novembre 1980, 2^e Tribunal Grande Instance de Lyon, 18 mars 1981", dins *J.P.C.*, II, 1982, 19725. Aquest darrer judici és particularment interessant pel problema que planteja: el del desinterès afectiu d'un representant que, d'altra banda, gestiona correctament el patrimoni. El tribunal reforma l'ordenança del jutge tutelar i manté el representant en la seva funció.
- (5) Aquesta intervenció és prevista per les disposicions particulars que regeixen cadascun d'aquests actes.
- (6) El règim de la tutela d'Estat és definit per l'article 433 del Codi Civil i organitzat pel Decret núm. 74-930, del 6 de novembre de 1974.
- (7) Vegeu també: Nota de Geoffroy, D., 1978, 697.
- (8) Sobre les garanties jurisprudencials i legislatives dels drets polítics de les persones pervistes pel *Mental Health Act*, vegeu Gostin, 1983-B, pàg. 63 i següents.
- (9) Vegeu les respostes d'Arruti i Basoco al nostre qüestionari, pàg. 30 i 41.
- (10) *Deutsche Richterzeitung*, 1-1987.
- (11) Proposició de llei, Cambra de Representants, 1041 (1984-85), núm. 1.
- (12) Sobre la creació progressiva d'un veritable dret pretorià de la tutela a França, vegeu Fossier, esmentat en nota 4.
- (13) El dret anglès no considera la persona que s'ha posat sota *guardianship* com a part del procediment de substitució del *nearest relative*.

SEGONA PART
ESBÓS D'ESTATUT COL·LECTIU O
COM ASSEGURAR L'EFECTIVITAT
DELS DRETS

CAPÍTOL III

JURIDICITAT PRECÀRIA DELS DRETS DE LES PERSONES DISMINUÏDES

POSICIÓ DEL PROBLEMA

No n'hi haurà prou amb les reformes que cal aportar al dret tutelar per treure al dret existent el seu caràcter d'handicap, que, combinat amb altres mecanismes d'exclusió social, entorpeix el desenvolupament òptim de la persona disminuïda i en limita la capacitat de dur una vida tan autònoma com sigui possible. En efecte, unes fórmules adequades de representació o d'assistència només poden, en el millor dels casos, dotar la persona disminuïda amb la qualitat d'home abstracte, candidat a gaudir i a exercir els drets subjectius en competència amb altres candidats en un mercat general força il·lusori que dibuixa per la igualtat jurídica. Aquesta concepció de la igualtat entre persones, vivint en condicions profundament desiguals, únicament pot perpetuar i agreujar els desequilibris actuals. Sempre són possibles, evidentment, i són àmpliament utilitzats, uns correctius individuals, però la seva òptica habitual, la d'allò que algun cop s'ha anomenat la "readaptació clínica",¹ és oferir una sèrie de pròtesis materials, econòmiques, psicològiques, socials i d'altres a una persona a la qual l'esforç i el mèrit personals haurien de permetre que s'alineés en la cursa cap a un nivell semblant al de l'individu considerat normal.

Un punt de vista com aquest corre el risc de ser sempre decebedor: es poden afinar les pròtesis, es poden multiplicar, però això no estalviarà la crítica de la construcció social de l'handicap.² N'hi ha prou amb observar un grup de disminuïts psíquics en un lloc de vacances i el malestar innegable que suscita la seva sola presència per comprendre que no n'hi ha prou amb unes formes de representació jurídica que permetin signar contractes de transport, de lloguer, d'assegurances, etc., ni amb els mitjans financers i un eventual enquadrament per mitjà de personal qualificat, per assegurar aquest "dret" elemental de gaudir del sol i de l'aire fresc en condicions semblants a les dels altres individus.

Hi ha, doncs, un problema fàcil de localitzar: el de les relacions entre el grup i la societat global. Però la resposta jurídica desitjable és difícil d'elaborar.

Pot ser útil partir de la insuficiència dels sistemes de representació individual que reposen, en última anàlisi, sobre una concepció liberal, abstracta, de la integració. El dret dels "discapacitats" es fonamenta sobre unes idees simples: protecció del patrimoni (és el punt de partida de tots els sistemes); igualtat teòrica dels drets (és posar l'accent sobre la integració), passant, paradoxalment, per la negació eventual d'aquests drets, o d'alguns entre ells, per mitjà d'un mecanisme de representació. Qualsevol individu correspon així a una unitat de voluntat, de capacitat, llevat, en els casos més greus, que vegi substituïr la seva autonomia d'elecció per les decisions d'una altra persona que es troba ficticiament desdoblada: és ella mateixa, en els seus propis actes, la persona protegida en els actes que són complerts en nom seu.

Aquesta ficció és comuna a tots els sistemes de representació, encara que pugui variar la teoria amb la qual es relaciona i que li dóna la seva legitimació. Es configuren tres variants essencials que el dret del *common law* ha tingut el mèrit d'haver distingit després de segles.

De vegades s'evoca la teoria del *substituted judgement*,³ que nega la contradicció que planteja l'existència de dues voluntats diferents, i eventualment en conflicte. El representant fa el que hauria fet, sens dubte, la persona protegida si hagués pogut accedir a les llums d'una raó plena. Hi cal, evidentment, una gran homogeneïtat de valors socials perquè pugui funcionar una racionalització d'aquesta mena.

Altres vegades es desenvolupa la manera d'exercir la representació del model feudal de la *parens patriae*. En aquest cas, no es nega l'existència de dues voluntats —eventualment concurrents—, com tampoc no es nega quan els pares exerceixen la seva autoritat respecte al nen menor d'edat. Però s'assigna un objectiu altruista a l'acte de representació —reconegut com un acte exterior a la voluntat de la persona afectada—. De vegades és definit com la recerca del benestar.⁴ La dificultat és trobar uns valors comuns, no contestats, del que és el benestar. El dret no donarà respostes a les múltiples qüestions ètiques subjacents.

Finalment, una tercera variant és la que es fonamenta en els poders de policia de l'Estat. La decisió presa per la persona protegida és moguda per una finalitat que excedeix els seus interessos individuals. Certament, no els nega (tret de que el poder de policia s'inspi en consideracions obertament eugèniques), però mira de reduir aquest desordre que constitueix la presència a la ciutat d'una persona manifestament massa dissemblant. Aquesta darrera variant actua sobretot en el

punt de vista jurídic del tractament psiquiàtric, però acampa en fermes posicions en molts altres terrenys (dret penal "especial" de les mesures de seguretat, certes concepcions de l'educació especial, etc.). La seva legitimació, per a la sensibilitat contemporània, és més difícil de formular, si bé, insistim-hi, un reconeixement de l'interès que tindria l'Estat a intervenir per reabsorbir el "desordre" no implica automàticament la negació dels interessos de la persona disminuïda. Es pot concebre així que la causa d'aquest "desordre", sobre el qual la intervenció del dret serà la més eficaç, se situa en els mecanismes d'exclusió i que, en aquest terreny, n'hi ha per elaborar tot un dret antidiscriminatori. La difícil legitimació del poder de policia es tradueix sovint en el recurs a delegacions: el cos mèdic, la família o altres grups s'encarregaran de fixar el dret allà on l'Estat hi renuncia o només ofereix un marc de referències força ambigu.

Qualsevol que sigui la construcció a què es procedeixi, tenim la sensació d'estar "entrampats" en les discussions que només duen a la representació individual de la persona disminuïda.

D'altra banda, un cop d'ull ben sumari als problemes jurídics quotidians suggereix que un col·lectiu, encara imprecís, contradictori, ple d'interrogants, es regeixi per mitjà de les regles relatives al que sovint s'anomena els drets econòmics i socials (en un sentit molt ampli: seguretat social, acció o ajuda social, salut pública, etc.).

CARÀCTER FRAGMENTARI DELS DRETS ECONÒMICS I SOCIALS

Cada país examinat ha adoptat un gran nombre d'instruments que organitzen drets específics en matèria d'ocupació, d'educació i de formació, de salut, d'ajuts socials, etc. Sovint han sistematitzat aquests drets uns instruments internacionals d'una importància jurídica molt variable. Diversos òrgans (sovint serveis descentralitzats) s'encarreguen d'examinar les sol·licituds i d'atorgar els serveis corresponents. Aquest procediment va lligat generalment a la classificació de la persona en una categoria establerta per la llei, i de vegades va acompanyada d'una avaluació quantitativa de l'handicap, expressada en percentatge d'invalidesa. S'organitzen recursos, quasi sempre davant jurisdiccions administratives. Per regla general, s'hi observen les garanties essencials d'un procediment jurisdiccional.⁵

S'han fet diferents avaluacions d'aquestes disposicions. Una crítica recurrent i fonamentada fa referència a les desigualtats profundes que es deriven de l'acumulació de mesures que tracten els disminuïts de manera molt diferent segons l'origen i la naturalesa de l'handicap, com també segons l'estatut, passat o actual, de la persona afectada (treballador assalariat, resident, estranger, etc.).⁶ Aquestes desigualtats s'agreugen quan intervenen en la situació familiar unes condicions lligades a les rendes personals o del grup familiar, o fins i tot quan un dret individual es troba reduït a una simple possibilitat de beneficiar-se de mesures d'assistència deixades al poder discrecional d'una autoritat pública.

Aquesta crítica és convincent, però continua sent parcial. Hi ha un altre problema que hauríem d'esmentar: el de la juridicitat dels principis d'orientació que promouen aquests règims. En general, s'obren uns recursos satisfactoris quan la resposta es refereix als aspectes materials, quantificables, de les decisions adoptades (per exemple, sobre l'atorgament d'una pensió, un percentatge d'invalidesa, etc.). En canvi, quan l'orientació mateixa de la mesura sembla que no correspon al dret proclamat, els recursos es limiten en la majoria dels casos a recursos graciosos. Citarem, a títol d'exemple, alguns països, tot i que som conscients que el problema suscitat mereixeria, ell sol, una enquesta aprofundida; ara ens limitarem a indicar-ne algunes pistes.

EL TEST DEL DRET A L'EDUCACIÓ

GRAN BRETANYA

L'*Education Act 1981*⁷ va abolir el vell sistema anglès d'educació especial. Té el seu origen en les proposicions de l'informe Warnok,⁸ l'orientació del qual hi és expressada en aquests termes: *"Reconeixem que la nostra recomanació d'abolir les categories legals de minusvalidesa pot ser preocupant per a la salvaguarda dels interessos dels nens amb deficiències severes, complexes i duradores. Ens trobem davant d'un dilema. D'una banda, som conscients que qualsevol tipus de servei especial per a aquests nens comporta el risc de posar l'èmfasi en la seva segregació (...), com també en el risc de limitar l'educació especial a les mesures adoptades per a aquests nens. D'altra banda, lluny de col·locar les autoritats locals educatives en l'obligació evident de respondre a les necessitats especials d'aquests nens, hi ha el perill que la seva necessitat*

de serveis especials no sigui satisfeta (...). Per resoldre aquesta dificultat, hem intentat elaborar un sistema que, tot evitant els inconvenients inherents a la categorització, preservarà els avantatges que comporta. Recomanem un sistema de registrament dels nens que tenen necessitat de serveis especials per a l'educació i que, d'acord amb un perfil detallat de les seves necessitats i preparat per un equip pluridisciplinari, són indicats, per la seva autoritat local d'educació, com a destinataris dels serveis especials d'educació que generalment no poden ser obtinguts a les escoles ordinàries".⁹

L'Education Act de 1981 ha abolit les antigues categories de l'educació especial¹⁰ i ha posat l'èmfasi en el reconeixement de necessitats individuals. D'altra banda, buscava millorar la situació en tres terrenys essencials: la recerca i la creació de serveis per als nens de menys de cinc anys, la demanda de l'educació de les persones de més de setze anys i la formació adequada dels ensenyants.

La secció 2 defineix les obligacions de les autoritats locals educatives: deure d'integrar els nens a l'ensenyament ordinari i deure de prendre mesures individuals per garantir-ne l'educació. Una educació fora de l'escola només és prevista en els casos en què qualsevol altra mesura s'hi demostrï inadequada (secció 3).

Les decisions són preses per les autoritats locals educatives (LEA). Les decisions són susceptibles de recurs davant els comitès d'apel·lació locals, el Secretari d'Estat i els tribunals judicials.¹¹

L'aplicació d'aquesta llei planteja un doble problema: el de la creació de serveis que responguin adequadament a les necessitats individuals i el del caràcter discrecional d'allò en què consisteix el dret a la integració.

Sobre aquests dos punts, l'examen de la jurisprudència és molt decebedor.¹² S'hi poden trobar algunes causes estructurals sobre les quals és relativament fàcil intervenir: els comitès d'apel·lació només tenen un poder de recomanació, la seva composició pot incloure fins un 50% de persones que depenguin de les autoritats locals d'educació que han de controlar; els procediments oberts als pares difereixen segons que se'ls hagi fet una declaració que afecti el seu fill, que, com a persona, requereix uns serveis especials, o que els hagi estat refusada.

Però hi ha un obstacle més fonamental: el de la juridicitat precària del dret a la integració i del dret a serveis especials. Els comentaris remarquen que, en un cert nombre de casos, l'exigència d'integració ha estat reduïda a una simple in-

clusió en les classes ordinàries, tot esperant serveis que no arriben a causa de les limitacions pressupostàries i de la ferma voluntat de les autoritats centrals d'imposar programes d'austeritat. La reticència tradicional dels tribunals anglesos a interferir en les decisions administratives quan aquestes no afecten un dret civil es tradueix en sentències que reconeixen un llarg poder discrecional a l'Estat;¹³ consideren "*que no es tracta que el Parlament hagi citat les autoritats locals en l'obligació de procurar al nen la millor educació possible. Les autoritats no tenen l'obligació d'assegurar un sistema tan utòpic o d'educar el nen cap a un potencial màxim*".¹⁴ Aquestes apreciacions globals s'han traduït en el terreny dels serveis concrets en la sentència *R.V. Oxfordshire Education Authority ex parte Wallace*,¹⁵ que considera que una teràpia del llenguatge pertoca als serveis mèdics i que, en aquest sentit, els LEA no estan obligats a garantir-lo. Pel que sembla, un dels efectes d'aquesta sentència ha estat l'abandó dels serveis de logopèdia per part d'un cert nombre de LEA que anteriorment l'asseguraven.

La conclusió pessimista de Milman (1987) és que uns objectius econòmics disfressats han prevalgut enfront de la idea d'integració, i que hi ha únicament una feble possibilitat d'obtenir actualment una reforma que situï el benestar educatiu del nen com a criteri central de la presa de decisió.

ITALIA¹⁶

La llei 118-1971, prevista per les lleis 517-1977 i 270-1983, organitza la integració dels nens disminuïts en els circuits de l'escolaritat obligatòria ordinària, entre sis i catorze anys.¹⁷ Les escoles especials de l'Estat van ser tancades, llevat de les que s'ocupaven de les dues principals categories de deficients sensorials: les escoles de cecs i les de sords.

S'han previst diferents mesures per facilitar aquesta integració: el nombre màxim d'alumnes a les classes que acullen infants disminuïts ha passat de 25 a 20; hi ha prevista l'assistència d'un ensenyant de suport a raó de 4 hores i mitja per setmana, extensibles fins a 9 hores o 18 hores en funció de la gravetat del cas. La classificació dels nens com a nens disminuïts és feta per l'autoritat escolar local (*provvedorato degli studi*). La petició emana generalment de les autoritats locals de la salut pública (*Unità Sanitaria Locale*, USL), però pot ser originada pels pares o pel consell de classe. Els únics recursos oberts són recursos graciosos davant el *provvedorato degli studi*.

Les febleses principals de la política d'integració escolar són les següents:

- La llei no formula cap exigència de qualificació que afecti els "ensenyants de suport". La majoria d'ells no ha seguit cap formació particu-

lar.¹⁸ Quant als programes de formació que hi ha, són generalment deixats a la iniciativa del sector privat¹⁹ (els seus diplomes són homologats per l'Estat), el seu cost és elevat i les especialitzacions, insuficients.

- La situació dels nens en edat preescolar no és coberta per la legislació sobre ensenyament, mentre que una intervenció precoç podria contribuir eficaçment a una integració més efectiva. En aquest terreny, tot reposa sobre l'estructura de les USL.
- La formació segons el període d'escolaritat obligatòria planteja greus problemes. Les escoles professionals, cap a les quals s'orienten la majoria dels nens disminuïts, no disposen d'ensenyants de suport.

Sense negar ni l'excel·lència de les intencions del legislador ni la realitat de progressos realitzats, no es pot deixar de subratllar la fragilitat del dispositiu creat. Les febleses constatades en cadascun dels nivells (recursos, concepcions restrictives dels serveis auxiliars limitades als ensenyats de suport, cobertura insuficient dels períodes que precedeixen i segueixen l'escolaritat obligatòria) en són els efectes.

BÈLGICA

La legislació preveu, d'una banda, un cert nombre d'intervencions destinades a facilitar la integració escolar en els circuits ordinaris;²⁰ d'altra banda, la llei del 6 juliol de 1970²¹ i la sentència d'aplicació del 28 juny de 1978²² organitzen l'ensenyament especial, que ha de garantir l'escolaritat dels nens disminuïts d'edats de 3 a 21 anys, aptes per rebre un ensenyament però no aptes per seguir-lo en un establiment ordinari.

L'admissió a l'ensenyament especial es fa d'acord amb un informe establert per un centre psico-mèdico-social, un organisme d'orientació escolar i professional o un metge especialitzat. Aquest informe ha d'indicar el tipus d'ensenyament especial corresponent a les necessitats del disminuït i l'establiment on és dispensat.

El conjunt de les decisions en la matèria (col·locació en l'ensenyament especial, transferiment de l'ensenyament ordinari a l'ensenyament especial o de l'especial a l'ordinari, transferiment d'un tipus d'ensenyament especial a un d'una altra mena, decisió de dispensar l'ensenyament a domicili, derogació dels límits d'edat, dispensa de qualsevol obligació escolar) està sotmès al control de les comissions consultives de l'ensenyament especial que donen parers

motivats a petició i a la intenció del cap de família, del disminuït mateix en alguns casos, de la inspecció escolar o d'un cap d'establiment.

Hi ha un procediment instituït (article 9 de la llei) que preveu la compareixença del cap de família i la possibilitat que té aquest de ser assistit pel consell que ha triat.

El parer és comunicat al cap de família, que disposa d'un termini de trenta dies per fer conèixer la seva decisió a la Comissió. Si el cap de família s'oposa al primer parer o si no pren cap iniciativa, la Comissió torna a examinar el cas i li comunica el seu parer definitiu. En cas de nou desacord o d'inacció, el dossier es passa al Tribunal de la Joventut. Se seguirà aleshores un procediment judicial, que imposarà eventualment mesures d'assistència educativa.

Si bé el procediment presenta totes les garanties requerides en matèria de debat contradictori, de representació i de recurs, no garanteix igualment un dret individual a una educació apropiada, per tal com una persona que no correspon a un dels vuit tipus definits de l'ensenyament especial i que no seria considerat apta per seguir l'ensenyament ordinari es trobaria privada de qualsevol forma d'ensenyament.²³

Així, la sentència núm. 64²⁴ del Consell Superior de l'Ensenyament Especial és dedicat als nens i adolescents afectats d'autisme. Remarca que *"Pel que fa a l'ensenyament especial, l'autisme no entra en la classificació de cap dels tipus (1 a 8) definits (...), amb la conseqüència desastrosa que els autistes, o bé no són reconeguts com a escolaritzables —i són enviats al sistema psiquiàtric— o bé han de ser camuflats sota un altre qualificatiu. Es troben ignorats o mal classificats.*

"La nostra Constitució garanteix la llibertat individual: els pares han de tenir dret a la lliure elecció i per això se'ls ha d'oferir una estructura educativa i de desenvolupament adaptada a les necessitats del seu fill autista".

El parer inclou recomanacions que tendeixen, entre altres coses, a la creació d'estructures experimentals, a formar personal ensenyant qualificat i a institucionalitzar, a més llarg termini, aquestes estructures si es demostra que són útils.

Es notarà que el plantejament de la qüestió de la rigidesa del sistema existent es fa en nom del principi de la llibertat d'elecció dels pares. Aquest argument presenta l'avantatge de fer referència a una disposició constitucional, sovint invocada en els debats sobre l'escola a Bèlgica (per altres raons ben

diferents, lligades a la importància de l'ensenyament confessional i a les garanties que li han estat atorgades). Encara que Bèlgica ignora el control judicial de la constitucionalitat de les lleis, aquest principi és part integrant de l'ordre jurídic intern.

Però no n'hi ha prou amb aquest principi per garantir plenament el dret a l'educació de tots els nens. No implica per ell mateix el dret a disposar de serveis específics, no pas a causa d'una convicció dels pares, sinó a causa de necessitats individuals que han de ser determinades i controlades, fins i tot per recursos jurisdiccionals.

LÍMITS DELS RECURSOS JUDICIALS

D'aquest repàs ràpid del dret de tres països en matèria d'educació es desprèn que la juridicitat d'un dret individual a l'educació és encara molt precari, independentment dels mecanismes de control judicial establert. Això reflecteix una llacuna més global en el reconeixement dels drets que no són susceptibles d'una avaluació material. Els drets a una pensió, a una renda mínima, a un reemborsament garantit en cas de tractament, d'estada en una institució especialitzada, etc. són quantificables, i els recursos existents són generalment satisfactoris. Però els drets a la integració, al respecte a una elecció de vida tan autònoma com sigui possible, a una formació adequada, si bé tots són proclamats, sota formulacions variables, per les legislacions en vigor, no sembla que puguin ser invocats eficaçment davant una jurisdicció.

És el que suggereixen igualment les informacions recollides a Espanya i a França.

Espanya disposa d'una llei-marc 13-1982 sobre la integració social dels disminuïts.²⁵ El seu títol 1r. defineix, en sis articles, els principis generals d'orientació del dret dels disminuïts.

L'article 1r. es refereix a l'article 49 de la Constitució per reafirmar el dret dels disminuïts físics, psíquics o sensorials a una realització personal completa i a la integració social integral i, quant a les persones afectades més greument, a l'assistència i a la protecció necessàries.

L'article 2 indica que l'Estat s'inspirarà en les declaracions aprovades per les Nacions Unides l'any 1971 (drets dels disminuïts psíquics) i 1975 (drets del disminuïts).

L'article 3 disposa que els poders públics aportaran tots els recursos necessaris per a l'exercici dels drets als quals es refereix l'article primer, i que la prevenció, els tractaments mèdics i psicològics, la readaptació adequada, l'educació, l'orientació, la integració en matèria d'ocupació, la garantia de drets econòmics i socials mínims i a la seguretat social constitueixen obligacions de l'Estat. L'apartat 2 estén aquestes obligacions als diferents organismes de l'Estat, com també a tota la societat.

L'article 4 preveu la promoció de les associacions i de les iniciatives dels disminuïts i de les seves famílies o representants legals, el seu finançament i el seu control.

L'article 5 preveu la promoció pels poders públics d'un treball destinat a assolir una presa de consciència de la societat entorn del reconeixement i de l'exercici del dret dels disminuïts.

L'article 6 defineix que la promoció dels disminuïts es realitzarà, preferentment, mitjançant institucions de caràcter general, llevat que les característiques de l'handicap exigeixin una atenció particular per mitjà de serveis i centres especials.

Els títols següents de la llei defineixen l'orientació dels diferents camps d'intervenció. Es tracta d'una llei-programa, la majoria de les disposicions de la qual són redactades amb vista al futur i depenen, en gran part, de normes d'aplicació. En alguns terrenys, s'han pres algunes mesures per fer correspondre la legislació anterior (força escampada) a les exigències de la llei 13-1982.²⁶

Cada decisió administrativa presa a partir d'aquesta legislació és susceptible de recurs graciós i contenciós. A la nostra pregunta sobre la possibilitat d'intentar un recurs basat en el no-respecte d'un principi d'orientació general, el Ministeri de Treball i Seguretat Social va respondre: *"el control pot ser exercit sobre els aspectes externs o interns de l'acte (defectes formals o de fons). Pot tractar dels aspectes materials o patrimonials concrets, però no sembla possible que sigui exercit sobre l'orientació general que segueix per l'organisme competent"*²⁷

Sobre aquest punt, la **legislació francesa** és força semblant. Disposa d'una llei d'orientació del 30 de juny de 1975,²⁸ que ha estat incorporat al codi de treball sota els articles L.323-9 i següents. L'article primer formula els principis d'orientació: obligació de la societat d'assegurar la prevenció i el descobriment dels handicaps, les cures, l'educació, la formació i l'orientació professional, l'ocupació i la garantia d'un mínim de recursos, la integració social i l'accés a l'esport de tots els disminuïts. L'apartat 3 formula un principi d'integració: cada vegada que les aptituds de la persona i el medi familiar ho permeten, cal que l'acció perseguida assegni l'accés a les institucions obertes al conjunt de la població i el manteniment dins un marc ordinari de treball i de vida.

La majoria de decisions concretes preses en aplicació d'aquesta llei, ho són per dos tipus de comissions: les COTOREP (Comissions Tècniques d'Orientació i de Reclassificació Professionals) i les CDES (Comissions Departamentals d'Educació Especial). Les decisions d'aquestes comissions han d'indicar obligatòriament les vies de recurs contenciós obertes i el termini en què pot ser contestada la decisió.

Hi ha previstos generalment tres nivells de recursos en primera instància de contenciós, en apel·lació i en cassació (exercides de vegades pel Tribunal de Cassació i de vegades pel Consell d'Estat, segons la naturalesa de la decisió).²⁹

L'examen de la jurisprudència a què ha procedit Jean-Marie Combette indica que els recursos són relativament nombrosos en les decisions que presenten una incidència financera, són rars en els altres terrenys i les decisions citades suggereixen que el control judicial no intervé en l'orientació seguida.

NOTES

- (1) Vegeu, concretament, l'anàlisi de Stubbins (1982).
- (2) Sobre aquest punt, ens remetem a la molt convincent argumentació de Stiker (1982).
- (3) Una sentència recent del Tribunal de Cassació francès ha rebutjat la teoria de la substitució de voluntat en les decisions del jutge de les tuteles que revocava actes passats per la persona protegida. Cass., 12 de maig de 1987, *G.P.*, núm. 1-2, 1988, pàg. 13. Hi ha, en aquesta sentència, una nota interessant de Massip que indica que "(...) aquí el jutge tutelar no tracta com a substituït el mandat, com una espècie de representant d'aquest. Actua en virtut del seu poder de jutge tutelar, de magistrat encarregat de la protecció del discapacitat. Dit altrament, la revocació no intervé sobre el fonament de la voluntat del mandat, però sí en virtut d'una causa diferent, autònoma, el poder de revocació obert al jutge tutelar per l'article 491-3 del Codi Civil, amb la preocupació de protegir una persona l'estat mental de la qual és alterat" (pàg. 14).
- (4) Així, la sentència de la Cambra dels Lords (*Re B*, 1987, 2 *All ER* 206, 1987) que ordenava l'esterilització d'una noia de disset anys profundament disminuïda està construïda totalment sobre aquest criteri del benestar. Els Lords rebutgen qualsevol acusació d'eugenèsia. Reconeixen la importància del dret a la procreació, afirmada amb força en altres decisions que rebutjaven l'esterilització (*RE D*, 1976, 1 *All ER* 326; *Re Eve*, 1986, 31 *DLR* (4th) 1), però consideren que la pèrdua d'aquest dret no significaria res en el cas concret d'aquesta persona. L'esterilització constituiria, segons els termes de Lord Hailsham of St. Marylebone, l'única manera d'evitar un atac a la qualitat de la seva vida per mesures més dràstiques en que limiten la llibertat (sentència esmentada, pàg. 212). Aquest és l'argument essencial. Però hi podem notar un esclavissament cap a una noció de perillositat associada a la sexualitat impulsiva i no compresa: "en tot cas, aquesta noia no podia donar un consentiment clar a un acte sexual i podria, per tant, constituir un perill per als altres" (*Ibidem*, pàg. 212).
- (5) Sobre aquest punt, ens referirem al recull, ben útil, de legislació compilat a cura del Consell d'Europa: *Législation relative à la réadaptation des personnes handicapées*, Estrasburg, 1985.
- (6) Sobre aquest punt, podem consultar la interessant obra d'Abel-Smith (1981), que mostra unes prestacions financeres que poden variar d'1 a 5 per a la mateixa situació prevista, en funció d'un nombre considerable de paràmetres. El seu estudi examina vuit països de la Comunitat Europea.
- (7) Va entrar en vigor l'1 d'abril de 1983.
- (8) *Report of the Committee of Enquiry into the Education of Handicapped Children and Young People*, Cmnd 7212 (1978).
- (9) Esmentat per Cox (1985, pàg. 31-32).

- (10) L'*Education Act 1944* havia reglamentat aquest àmbit distingint-hi deu categories. Es podia imposar l'educació separada en una escola especial. L'*Education Act 1976* havia reconegut un principi de normalització, però les seves disposicions no permetien aplicar realment aquest principi. Els recursos previstos eren particularment difícils.
- (11) Els recursos individuals que tracten de prestacions no assimilables a drets civils ja constitueixen una excepció en relació amb el dret comú anglès. Vegeu Hoggett (1981) i la sentència que esmenta: *Wyatt v. Hillingdon London Borough Council*, *J.S.W.L.*, 1978-1979, 109.
- (12) Fonamentem aquesta apreciació en tres estudis: el de Hannon (1982), el del Law Society Group for the Welfare of People with a Mental Handicap (1985) i el de Milman (1987).
- (13) "R. v. Hereford and Worcs CC ex parte Lashford" (*Times*, maig 13, 1987). Aquesta sentència deixa a l'apreciació discrecional de les autoritats locals la qüestió de saber si es requereix una declaració (*statement*) de necessitats especials individuals. S'ha esmentat, com els dos següents, segons Milman (1987).
- (14) "R. v. Surrey Educ. Comm. ex parte" Hudson (1985) 83 L.G.R. 219.
- (15) *The Times*, 22 de novembre de 1986. Es troba un sumari d'aquesta sentència a *Halsbury's Abridgment*, 1986, par. 842.
- (16) Les notes sobre la situació italiana es basen principalment en una entrevista amb Claudio Luti, "educador de suport" i membre del CIDI, a Roma, el gener de 1988.
- (17) El Tribunal Constitucional ha emès recentment una sentència que indica que la integració en el cicle mitjà-superior haurà de ser assegurada, i censura l'article 28 de la Llei 118-1971, que preveia que seria únicament "facilitada" (vegeu Tagliapietra, 1987).
- (18) El senyor Luti m'ha esmentat les xifres següents: per a l'ensenyament mitjà, els ensenyants de suport que posseeixen un títol d'estudi corresponent a una formació específica constitueixen el 7% del nombre dels educadors de suport a la Itàlia septentrional; el 25%, a la Itàlia central, i el 80%, a la Itàlia meridional. L'elevat percentatge del sud és atribuït a la voluntat d'escapar a l'atur per part d'ensenyants que no han trobat altres sortides.
- (19) Així, la província de Roma ha organitzat un curs per formar educadors de suport a tres nivells (maternal, elemental i mitjà). En total, permet la formació de 60 educadors (l'any 1988) que van assegurar, a raó d'una intervenció mínima de 4 hores i mitja, l'enquadrament de 240 nens o més. Les autoritats centrals només han organitzat un curs (l'any 1978).
- (20) Intervencions financeres, assimilacions en certes condicions de l'educació escolar a la formació professional, que permeten beneficiar-se de prestacions complementàries, etc.
- (21) M.B., 25 d'agost de 1970, pàg. 8660 i següents. Es tracta d'una llei única que s'aplica a tots dos sistemes lingüístics d'ensenyament.
- (22) M.B., 29 d'agost de 1978, pàg. 9594 i següents.

- (23) Aquesta possibilitat, d'altra banda, és prevista per la llei en l'article 7, ap. 7. Implica obligatòriament una decisió del Tribunal de la Joventut.
- (24) Sentència de l'1 de juliol de 1987.
- (25) Llei 13/1982, del 7 d'abril, d'*Integración social de los minusválidos*. *Boletín Oficial del Estado* de 30/4/82. La regionalització fa que la seva aplicació sigui assegurada en part per entitats regionals que han elaborat la seva pròpia legislació: *Ley de Servicios sociales del País Vasco*, del 20 de maig de 1982; *Ley de Servicios sociales de la Comunidad de Madrid* 11/1984, del 6 de maig de 1984, *Ley Foral de Servicios sociales de Navarra* 14/1983, del 30 de març de 1983. No hem pogut consultar les altres lleis regionals.
- (26) És difícil avaluar l'amplitud d'aquesta revisió de les disposicions anteriors. Segons el recull de legislació establert pel Consell d'Europa ("Legislació relativa a la readaptació de les persones disminuïdes"), s'ha manifestat principalment en l'àmbit de l'ensenyament amb normes del Ministeri d'Educació adoptades el març de 1985. En la majoria dels altres àmbits, les normes en vigor són anteriors a 1982.
- (27) Carta del 30 de desembre de 1987 de Maria Teresa de Benavides, sots-directora general dels programes de serveis socials, Ministeri de Treball i de la Seguretat Social.
- (28) Llei núm. 75-534 (*J.O.* del 30 de juny i l'1 de juliol de 1975).
- (29) Hi ha un quadre detallat dels recursos referents a la COTOREP a Combette (1987, pàg. 547-549).

CAPÍTOL IV

ELS SUPORTS PER A UN ESTATUT COL·LECTIU

Els dos registres de resposta jurídica, el del dret civil i el dels drets econòmics i socials, deixen un sentiment de frustració que no és tant degut a una inadequació de normes concretes com a una deficiència més estructural de la construcció jurídica. Ens podem preguntar, llavors, quins són els suports que permetrien passar de la dualitat entre l'individu abstracte del dret civil/persona assistida del dret social i administratiu i l'emergència d'un estatut col·lectiu que garanteixi a una persona amb disminució mental el "*dret a viure una vida tan normal i completa com sigui possible, la qual cosa inclou el dret de ser diferent*".¹ En altres paraules, com realitzar la transició entre els drets dels disminuïts, aquest ventall vast i complicat que barreja drets efectius, drets proclamats sense una gran juridicitat i declaracions d'intenció, i un eventual dret dels disminuïts. I, així mateix, aquesta transició, és indispensable? Aquests "suports" poden ser suggerits tant per algunes disposicions en vigor en els països examinats més amunt com per les experiències ben riques del dret americà i dels drets escandinaus.

FORMULACIÓ DE PRINCIPIS GENERALS

- A. Una primera articulació entre un estatut col·lectiu i els estatuts civilistes individuals consisteix en l'afirmació de **principis generals** que afecten els disminuïts com a grup minoritari.

Podem citar, pel que fa al cas, l'article 71 de la Constitució portuguesa de 1976: "*Els ciutadans físicament o mentalment disminuïts tenen tots els drets i estan sotmesos als deures que enuncia la Constitució, llevat de l'exercici o execució per part d'aquells que hi estiguin impeditos pel seu estat. L'Estat es compromet a realitzar una política nacional de prevenció i de tractament, de readaptació i d'integració dels disminuïts, a desenvolupar una pedagogia que sensibilitzi la societat als deures de respecte i de solidaritat vers ells i a assumir la responsabilitat de la realització efectiva dels seus drets sens perjudici dels drets i dels deures dels pares o tutors*".

L'article 49 de la Constitució espanyola conté una disposició semblant.

La qüestió de la font formal no és, evidentment, decisiva. Cada país posseeix les seves tradicions jurídiques i, en els països escandinaus, les reformes més profundes s'han realitzat sense que s'hi senti la necessitat d'inscriure'n el principi en la Constitució o en un instrument específic.²

La realització d'aquests principis pot variar enormement segons diversos factors. En els sistemes en què la jerarquia de les normes és definida molt clarament i es tradueix en un control judicial de la constitucionalitat de les lleis, la seva elevació al rang de normes constitucionals permet fer inaplicable una llei, pel que les seves disposicions tenen de contrari a aquests principis. D'altra banda podrien, en tot cas, contribuir a la interpretació dels textos.

Un cop establert això, si bé permeten, en alguns casos, dir allò que en la llei no és el dret, difícilment permetrien, en les tradicions europees, dir què és el dret per un raonament deductiu i imposar-ne el respecte per un poder de veredicte judicial.

EL RECONeixEMENT DE LES ASSOCIACIONS

- B. Un altre factor que afavoreix l'articulació entre drets individuals i drets col·lectius és el reconeixement d'una personalitat jurídica o, en tot cas, d'una capacitat d'intervenció per a les associacions de disminuïts o de defensa dels disminuïts.

Des del moment en què aquest reconeixement es produeix en tots dos vessants, el de la representació civil i el dels drets socials *sensu lato*, veiem que es produeix una unitat operativa eficaç i desitjable. A Suècia (i, de manera general, als països escandinaus) aquesta representació col·lectiva és afirmada molt clarament.

Sorgeix a França i a Espanya gràcies a la possibilitat de confiar la tutela a associacions. A França, d'altra banda, la llei del 10 de juliol de 1987³ sobre l'obligació d'ocupació dels treballadors disminuïts conté una disposició important que permet que les associacions que defensen els treballadors disminuïts puguin exercir legalment l'acció civil, si la inobservança de la llei porta un perjudici autèntic a l'interès col·lectiu que representen. Aquest reconeixement és dèbil a Bèlgica, als Països Baixos i a Itàlia.⁴

En els països del *common law*, es realitza per mitjà de l'extensió del concepte d'*advocacy*. L'*advocacy* no només simbolitza la idea de representació ni la d'una acció social específica. Es tracta fonamentalment de crear les condicions d'exercici del dret del disminuït, sigui per mecanismes de representació, de consell, per un treball d'informació i de comunicació, per una pressió sobre els poders legislatiu, judicial o administratiu, per un judici crític sobre les normes existents (*monitoring*), per una assumpció de certes necessitats quotidianes, per una intervenció, sota formes diverses, en les decisions sanitàries, socials, judicials...

L'*advocacy* no es redueix, per tant, a cap estatut formal; apareix en certes disposicions legals, en pràctiques judicials o d'ajuda social, però no es redueix a papers explícitament reconeguts. El reconeixement cada cop més afermat d'aquest concepte pot obrir una dinàmica tan fecunda, en sistemes jurídics reticents a la formalització de principis generals, com pot fer l'elaboració legislativa d'aquests principis en altres sistemes.⁵

La representació col·lectiva per associacions mereix un examen més aprofundit que no amaga certes contradiccions. Concretament, quan es tracta de disminuïts psíquics, cal precisar com en podem assegurar la participació en aquestes associacions⁶ i quins són els límits possibles d'una representació efectuada per mitjà de federacions que agrupin les diferents categories de disminuïts.⁷

No es tracta, per tant, de passar de l'omnipotència de la tutela familiar vinculant del dret romà i del Codi napoleònic a una tutela col·lectiva, general, de les associacions.

Sense pretendre trobar un mecanisme únic de representació ideal, hem de reconèixer que les associacions poden constituir un rodatge apreciable en l'equilibri dels poders dels diferents actors que intervenen en la presa de decisions.

VIES DE RECURS

- C. Un tercer element que pot assegurar l'efectivitat dels drets i, igualment, garantir la juridicitat d'un estatut col·lectiu és la millora sistemàtica dels recursos. Paradoxalment, els dos sistemes jurídics en què el dret dels disminuïts ha conegut els desplegaments més interessants es caracteritzen pels punts de vista més allunyats pel que fa a la natura i a l'elecció dels recursos.

Als Estats Units, les batalles legals han estat el gresol d'aquest dret, tots els aspectes del qual han estat tractats pels tribunals federals abans de ser objecte de la legislació. Encara ara, el manteniment dels assoliments principals jurídics és inseparable de la capacitat de fer intervenir els tribunals, fet que depèn de factors tant jurídics (com ara el dret a intentar una acció personal basada en disposicions legislatives, les possibilitats obertes per les *class actions*) com socials o materials (existència d'una xarxa eficaç d'*advocacy*, consciència que té la societat global de la necessitat de combatre la discriminació que afecta els disminuïts).

En els països escandinaus, on preval una homogeneïtat de valors relativament gran, podem parlar d'un model de desenvolupament poc conflictiu del dret que procedeix d'una sèrie de reformes, l'aplicació conseqüent de les quals està assegurada per un consens prou ampli entre les autoritats centrals, les autoritats locals i els moviments socials.

És per això que no hi ha una fórmula universalment aplicable i que cada sistema jurídic pot modificar la importància respectiva dels recursos de gràcia i dels recursos contenciosos o el paper de les jurisdiccions administratives i civils.

El que és indispensable és l'afirmació de recursos substancials que permeten mantenir un control independent sobre l'exercici del poder discrecional de les autoritats administratives. En el pla del procediment, hem de subratllar la importància de les disposicions que tendeixen a assegurar una transparència més gran en la presa de decisions (accés als dossiers, informació comprensible sobre les competències dels diferents organismes, sobre els recursos disponibles, etc.) i que faciliten l'accés a la justícia (fins i tot als tribunals administratius) d'associacions, ja sigui per defensar-hi interessos col·lectius o bé com a representants d'una persona.

La institució de l'*ombudsman*, més enllà del camp judicial, pot ser molt útil.

Suècia aporta, d'alguna manera, el model de la institució. Les seves característiques principals són les següents: l'*ombudsman* és elegit pel Parlament per un període de quatre anys (eventualment, renovables). Ha de fer un informe al Parlament sobre les seves activitats, però és independent (l'única hipòtesi en què rebria directrius del Parlament seria, segons sembla, la prossecució d'un ministre). Té un gran poder d'investigació, afiançat per l'obligació legal que tenen les autoritats administratives de comunicar-li qualsevol informació que

sol·liciti. Es pot ocupar d'un afer per iniciativa pròpia, i està obligat a examinar-ne les que li siguin plantejades mitjançant una denúncia. La instrucció d'un dossier pot menar a una negociació informal i un arranjament amistós, però també té el poder d'iniciar accions disciplinàries o judicials.

Durant els darrers anys la institució ha estat diversificada. Al costat dels tres *ombudsmen* parlamentaris ha aparegut un *ombudsman* antitrust, un *ombudsman* per als consumidors, un *ombudsman* per a la premsa i un *ombudsman* per a la igualtat d'oportunitats. En dos informes sobre el dret suec, els anys 1977 i 1985, Herr⁸ subratlla la importància de l'*ombudsman* pel que fa al respecte dels drets dels disminuïts psíquics.

Igualment, hi ha *ombudsmen* a Noruega (1952) i a Dinamarca (1954).

Pertot arreu han aparegut institucions semblants. Els seus poders són, en general, més limitats. Així, el Comissari parlamentari anglès, aparegut l'any 1967, només es pot ocupar d'un afer després d'una demanda parlamentària. El *médiateur* francès (des de l'any 1973) no pot intentar accions legals. Per les informacions que hem pogut recollir, no sembla que, fora dels països escandinaus, cap institució semblant a l'*ombudsman* hagi tingut un paper significatiu en la protecció dels drets dels disminuïts.⁹

OBLIGACIONS DELS PODERS PÚBLICS

D. Cal assenyalar, finalment, la importància de la definició de deures específics per part de l'Estat o de les col·lectivitats locals vers els disminuïts.

Els estatuts jurídics més satisfactoris quedaran sempre limitats si no ens preocupem de la interacció entre les normes jurídiques i les condicions socials i culturals que determinen el context en què es despleguen. Ara bé, la norma jurídica mateixa pot afavorir una interacció d'aquesta mena i, per tant, les seves disposicions no són indiferents, no s'emmotllen passivament al context.

En aquest sentit, la llei sueca del 13 de juny de 1985 sobre els serveis especials per als disminuïts psíquics¹⁰ és especialment important. La disminució psíquica no és definida per la llei (el terme que s'utilitza en la traducció anglesa és *intellectually handicapped persons*), però la seva secció 1 preveu que el seu camp d'aplicació s'estendrà a les persones que pateixen una deficiència intel·lectual, significativa i permanent, que resulta d'una lesió cerebral

provocada per una violència externa o per una malaltia física, com també a les persones que pateixen de psicosi infantil.

La secció 3 de la llei bàsica indica que l'objectiu dels serveis als disminuïts psíquics és permetre que aquestes persones visquin "com altres persones i amb altres persones".

La secció 4 elabora una llista d'aquests serveis. Comprenen suports i consells personals, activitats quotidianes en centres ocupacionals, estades temporals a l'exterior per alleugerir els parents propers en les seves tasques de cura i supervisió, cases comunitàries per als nens i els joves que hagin de viure fora de la casa paterna i cases comunitàries per a adults.

Les seccions 5 i 6 indiquen que el consentiment de la persona afectada és determinant, que els serveis s'han d'adaptar a les necessitats individuals i desenvolupar la capacitat de realitzar una vida independent.

Però l'interès essencial d'aquesta llei és l'èmfasi que posa en les obligacions del consell de districte (*county council*). Ha de tenir un coneixement precís de les condicions de vida dels disminuïts psíquics i elaborar disposicions que responguin a les seves necessitats; aportar una informació sobre el sentit i els objectius d'aquestes activitats; en connexió amb els municipis, ha de coordinar els serveis i assegurar-ne el desplegament; ajudar a assegurar una ocupació que tingui un sentit (*meaningful occupation*); col·laborar amb les organitzacions que representen els disminuïts psíquics; contribuir a l'establiment d'opcions culturals i de lleures.

Altres disposicions afecten la gratuïtat dels serveis; el caràcter excepcional de l'internament en institucions i la prohibició absoluta de l'internament quan es tracta de nens i adolescents.

La secció 20 organitza els recursos davant les jurisdiccions administratives contra les decisions preses per donar aplicació a la llei. Un examen dels dos primers anys de la jurisprudència demostra l'eficàcia d'un control sistemàtic i aprofundit sobre tots els aspectes de la integració social.¹¹

Una enquesta realitzada per l'HCK demostra que, si bé no tots els objectius fixats per la llei són realitzats necessàriament a tots els districtes, s'hi ha fet, tanmateix, una feina considerable.¹²

Al Regne Unit, la *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act 1986*¹³ formula principis molt importants: deure d'informació i

de comunicació, obligació per part dels serveis socials de verificar les necessitats del disminuït i dret d'aquest darrer a ser assistit o representat.

La història d'aquesta llei mostra fins a quin punt aquests principis han constituït enfrontaments importants i com polítiques d'austeritat en poden posar en dubte l'aplicació. El text adoptat té l'origen en una proposició de llei de Tom Clarke, l'abast de la qual ha estat reduït.¹⁴ La primera part de la llei tracta de la representació i l'avaluació (*assessment*) de les necessitats dels disminuïts. La segona part tracta la informació i la consulta.

La definició de les persones que cobreix la llei és, per a Anglaterra i el País de Gal·les, la de persones disminuïdes en el sentit que hi dóna la secció 29 de la *National Assistance Act 1948*. Es tracta de persones “cegues, sordes o mudes, o bé que pateixen un desordre mental de qualsevol mena, i altres persones disminuïdes, de manera substancial i permanent, per malaltia, lesió, deformació congènita o qualsevol altra deficiència determinada pel ministre”.

La secció 1 preveu la institució de “representants autoritzats” d'acord amb una reglamentació que haurà d'adoptar el Secretari d'Estat. Els pares, els tutors o l'administració local hauran de designar els representants autoritzats dels nens de menys de setze anys sobre els quals exerceixen drets paterns. Quan, a causa d'una deficiència física o psíquica, una persona no està en condicions de nomenar el seu representant, l'administració local procedirà a fer-ho. En qualsevol altre cas, el disminuït designarà el seu representant autoritzat.

La secció 2 defineix els drets d'aquest representant. Si així ho ha sol·licitat la persona disminuïda, pot:

- a) actuar com a representant en relació amb qualsevol servei que porti l'administració en el marc de qualsevol funció en matèria de benestar, o
- b) acompanyar la persona disminuïda (no com a representant) a qualsevol reunió o entrevista amb aquesta autoritat en el marc abans assenyalat.

L'administració haurà de facilitar les informacions i la documentació necessàries, llevat que consideri que això pot perjudicar els interessos del disminuït. Els criteris pels quals es pot fer una consideració d'aquesta mena es deixen a la discreció de l'administració.

És en aquesta secció on podem veure més clarament el retrocés que s'ha produït entre la proposició inicial i la llei adoptada.

La norma actual preveu una reconfirmació del mandat per a cada procés emprès, alhora que la proposició, però, conferia els mateixos poders per al representant mentre no li hagués estat retirada l'autorització. D'altra banda, els seus poders es limiten a dues funcions que s'exclouen mútuament: representar i acompanyar. La proposició inicial avançava una definició extensa que permetia qualsevol forma d'assistència en el marc dels serveis que preveu la llei o per al benestar general del disminuït.

Quan el disminuït es troba internat en un establiment de qualsevol mena, el seu representant autoritzat el podrà visitar.

La secció 3 fa referència als procediments d'avaluació de les necessitats dels disminuïts d'acord amb els serveis que preveu la llei. El disminuït o el seu representant han de poder presentar, en un temps raonable, els seus punts de vista pel que fa a aquestes necessitats i a aquests serveis. L'administració haurà de redactar, llavors, una declaració motivada que afecti els detalls sobre els recursos possibles. En cas de desacord amb aquesta declaració, se n'haurà de fer una revisió, i la decisió final, escrita i motivada, haurà de ser comunicada a la persona o al seu representant. Mentre duri aquest procediment caldrà considerar tots els punts de vista de la persona o del seu representant, i caldrà posar serveis adequats a la disposició de les persones que, a causa de la seva disminució, no estan en condicions de fer una comunicació oral o escrita.

Els termes de les seccions 2 i 3 comporten una doble diferenciació. D'una banda, la secció 2 remet a tots els serveis vinculats amb les disposicions socials (*Welfare enactments*), mentre que la secció 3 remet únicament a aquells que la llei fa obligatoris (*statutory services*) i que no es deixen a l'apreciació discrecional de l'administració. D'altra banda, per a l'aplicació de la secció 3, el representant no haurà de tornar a confirmar el seu mandat per a cada intervenció. Té, per tant, un poder d'iniciativa estès en relació amb un camp d'aplicació restringit.

La secció 4 planteja una excepció a aquest límit, en estendre el procediment de la secció 3 al conjunt dels serveis que inclou el marc de la secció 2 del *Chronically Sick and Disabled Persons Act 1970*.

Les seccions 5 i 6 preveuen un procediment de consulta per establir si un nen que es beneficia de serveis especials en el camp de l'educació es pot considerar un disminuït, en el sentit que la llei de 1948 hi dona. Cal fer aquesta avaluació cap a l'edat de catorze anys. En cas d'interrupció de l'escolaritat, l'autoritat educativa local ha d'informar els serveis socials competents per tal

que avaluin les necessitats de la persona d'acord amb els serveis que la llei requereix.

La secció 7 preveu un procediment semblant de coordinació entre les autoritats sanitàries i els serveis socials al final d'una mesura d'internament.

La secció 8 estableix l'obligació, per part de l'administració local, d'informar-se de les capacitats reals de la persona que es fa càrrec del disminuït i que li proporciona una casa. D'acord amb aquesta avaluació, l'administració haurà de determinar els serveis que haurà de preveure.

La segona part fa referència a certes mesures d'informació i consulta amb les persones que representen els interessos dels disminuïts i a l'obligació d'un informe anual del Secretari d'Estat al Parlament pel que fa als malalts i disminuïts psíquics.

La secció 18 indica que l'entrada en vigor de la llei es farà en diverses dates d'acord amb les disposicions, a mesura que el Secretari d'Estat adopti la reglamentació necessària.

És per això que únicament algunes disposicions de la llei van entrar en vigor l'1 d'abril de 1987.¹⁵ Cap de les normes essencials no és aplicable en l'actualitat. La figura del "representant autoritzat" encara és un projecte. Els únics sectors en què la llei ha començat a ser aplicada afecten fonamentalment la secció 4 (serveis en el marc de la llei de 1970, vegeu *supra*) i la secció 8 (avaluació de les capacitats de la persona que es fa càrrec d'un disminuït).

No podríem sinó concloure amargament aquest apartat amb David Carson: *"La llei de Tom Clarke ha estat despullada. Les restes que n'ha deixat el Govern demostren la prioritat que aquest darrer dona a les anàlisis d'errors en magres comunicacions. Es tracta de fer que la gent actuï de manera determinada en èpoques determinades. Indueix a reaccions burocràtiques. Possibilita la trampa per mitjà d'evasions legals. En efecte, el Govern ha permès que sigui adoptada, però poc més que això. El problema, rau en la no-comunicativitat dels responsables governamentals locals o bé en la manca de recursos, la manca de poder i voluntat polítiques?"*¹⁶

NOTES

- (1) Aquesta formulació és la de l'annex a la resolució AP(84)3 del Consell d'Europa, que és un dels instruments jurídics internacionals més ben articulats i més fecunds pel que fa als disminuïts.
- (2) Els autors escandinaus subratllen unànimement la importància de l'elaboració del principi de normalització en els anys seixanta. La legislació ha estat modificada considerablement sense que s'hagi adoptat definitivament una definició de principi dels drets dels disminuïts. A Itàlia, en canvi, les associacions de defensa dels disminuïts consideren que una consagració constitucional dels drets dels disminuïts constituïria una etapa important. "Per un comma in più nella costituzione italiana", dins *ANFASS famiglie*, gener-febrer de 1985.
- (3) Llei núm. 85-517, que modifica els articles L. 232-1 i següents del Codi de Treball, *Journal Officiel* del 12 de juliol de 1987.
- (4) A Itàlia la situació és paradoxal. L'article 354 del Codi Civil preveu que es pot concedir la tutela a persones morals, però limita explícitament l'elecció del jutge a un organisme d'assistència que depengui del municipi o a la institució en què serà internada la persona protegida. La segona possibilitat sembla que pot ser útil pel que fa als disminuïts psíquics. De manera general, el sistema jurídic italià deixa poc espai a les associacions dels disminuïts o per als disminuïts. Vegeu M.R. SAULLE, "La tutela dei diritti dei disabili", dins *ANFASS Famiglie*, 26-27/1986.
- (5) Vegeu, concretament, ILSMH, *Advocacy and Mental Handicap*.
- (6) Pel que fa al cas, cal subratllar la importància del treball realitzat per l'HCK (Comité Central dels Disminuïts) suec i la creació, l'any 1981, del DPI (*Disabled Peoples International*). Recordem, igualment, l'èmfasi que posa l'ILSMH sobre la participació i el tema de la parella.
- (7) Així, l'HCK suec coordina l'acció de 27 organitzacions, la majoria de les quals són sectorials, però una de les més importants numèricament d'entre elles recull les adhesions individuals (40.000 membres, és a dir, el 10% dels efectius totals de l'HCK) d'una federació "de qualsevol categoria".
Aquest fenomen mereix ser destacat: probablement indica una presa de consciència de la situació col·lectiva d'una minoria marcada per la creació (històrica, social i cultural) de l'handicap, les necessitats del qual no es limiten a la creació de serveis especialitzats per categoria, sinó que passen per una acció sobre el concepte mateix de l'handicap (com també sobre els estatuts que en deriven).
- (8) HERR, "Rights into action: protecting human rights of the mentally handicapped", dins *Catholic University Law Review*, núm. 26, pàg. 201 (1977). Aquest text conté un informe sobre la situació en quatre països (Suècia, Regne Unit, Països Baixos i Dinamarca) cap a 1975-1976.
HERR, *Legislative Developments Relating to Mental Handicap* (reedició, 1985); es tracta d'un informe sobre Suècia, Dinamarca i Noruega.

- (9) L'únic esment que hem trobat consisteix en algunes intervencions del "difensore civico" regional italià. Vegeu FALQUI-MASSIDA, "Il difensore civico e gli handicappati: funzionerà?", dins *ANFASS Famiglie* núm. 24-25, pàg. 15. 1986
- (10) *Special services for intellectually handicapped persons Act*, SFS 1985: 568 i *Act concerning the implementation of the special services for intellectually handicapped persons Act*, SFS 1985: 569.
- (11) EVERITT i GRUNEWALD, *Att Klags pa omsorger Rattsfallenligt omsorglagen*, Estocolm, 1988.
- (12) Trobem els resultats d'una recerca sobre la pràctica d'aquesta llei en "On social services", dins *A HCK fact sheet*, núm. 4/1987. Malgrat algunes lèntituds, podem constatar l'avenc de Suècia en relació amb la majoria dels altres països europeus. Ratzka (1986) constitueix un estudi molt complet dels serveis assegurats a Suècia en la perspectiva de garantir una existència autònoma als disminuïts. Aquest estudi és realitzat des del punt de vista d'un usuari d'aquests serveis.
- (13) Aquesta llei va ser promulgada el 8 de juliol de 1986. És aplicable a Anglaterra, al País de Gal·les i, mitjançant algunes adaptacions, a Escòcia.
- (14) Vegeu, pel que fa al cas, la crònica de legislació de Carson (1986).
- (15) *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act 1986 Commencement Orders 1 and 2*, SI 1987, núm. 564 i 729.
- (16) CARSON (1986), pàg. 367.

CAPÍTOL V

ELEMENTS PER A UNA ESTRATÈGIA

Potser és prematur perfilar els elements d'una estratègia de conjunt, però es pot intentar respondre a dues qüestions: quins són els punts essencials que cal destacar en una elaboració jurídica d'un estatut que articula drets individuals i drets col·lectius? Quins són els suports institucionals amb els quals una col·laboració es pot mostrar més fructuosa?

A. PUNTS ESSENCIALS D'UN ESTATUT

a) Refús de qualsevol mena de prohibició

1r.) El principi fonamental consistiria a afirmar que qualsevol incapacitat decidida judicialment només pot ser parcial i fer referència a drets susceptibles de ser exercits per mitjà d'un mecanisme de representació. Cal revisar el mecanisme dels estatuts de refús, que només poden tenir una justificació analògica per indicar una llista de drets referits a un altre text (per exemple, els drets patrimonials del menor emancipat) en la mesura que aquesta analogia tingui com a efecte l'extinció dels drets de manera definitiva. Els treballs preparatoris de la llei francesa de 1968, els del projecte holandès de tutor i, d'una manera general, les reflexions subjacents a la majoria dels projectes de reforma són unànimes a remarcar que la llibertat té un efecte terapèutic i que res no és més perillós que fer crònica l'absència d'autonomia amb un estatut de prohibició.

Seria útil, en termes d'antropologia cultural, desenvolupar la reflexió sobre els lligams entre les formes sacralitzades d'interdicció d'individus disminuïts a les societats pre-industrials i el procediment feixuc, solemne (sovint incompreensible per a l'interessat) de prohibició (per exemple, en el dret italià, la prohibició s'ha de fer avinent a tots els membres de la família fins a quart grau; en dret portuguès ha de ser anunciada en els dos diaris més llegits del districte —comarca—; en dret belga, l'estat de minoria d'edat prolongada s'esmenta en el carnet d'identitat, etc.).

2n.) La classe dels interessos invocats en suport d'una mesura que limita la capacitat jurídica mereix que sigui examinada críticament. Un argument invocat sovint per justificar tant les incapacitats com la publicitat que les envolta és el de la seguretat jurídica dels tercers "en general", o d'aquests tercers particulars que constitueixen els membres de la família, especialment en la seva doble qualitat d'interessats i de deutors d'aliments eventuais. La supervivència en alguns sistemes d'una noció tan imprecisa com la prodigalitat només s'explica per aquesta legitimació d'un interès especial d'aquests tercers sobre el patrimoni d'un altre (llevat que la prodigalitat no es consideri una amenaça contra la moral comuna al mateix nivell que l'obsenitat!).

Ens sembla que, si cal adoptar mesures d'incapacitat, l'únic criteri acceptable és el de la perillositat, i s'han de limitar a terrenys on el perill que pesa sobre els interessos essencials del disminuït es pugui demostrar.

A més, el principi del menor dany a la llibertat hauria de fer preferibles les vies que el dret comú ofereix (teoria dels defectes del consentiment, rescissió per lesió, etc.), encara que hi hagi el perill de reforçar l'eficàcia d'aquests mitjans.

3r.) Quant als drets estrictament personals (casament, divorcis, adopció, etc.), cal avançar la regla de la capacitat jurídica específica requerida per l'acte de voluntat concret. Per tant, no hi ha cap altra incapacitat de principi que la simple verificació d'una qüestió de fet: és cert que hi ha hagut consentiment?

Quan s'estableixen procediments de consell o d'assentiment, cal que en últim terme la voluntat de la persona afectada sigui determinant.

4t.) Quant a la dissociació entre els drets polítics i l'estatut de protecció adoptat,¹ sigui quina sigui la seva importància pràctica, els drets polítics tenen un valor simbòlic eminent. Es tracta de refusar qualsevol forma de privació d'aquests drets, fet que comportaria que es rebaixés a un estatut de protecció. Si una persona és clarament incapaç d'interessar-se per la vida política, no votarà ni se li acudirà la idea de presentar-se candidat a un càrrec electiu. Però, per què privar-la judicialment d'un dret i formalitzar, així, una mena d'exclusió de la ciutat? Altra cosa és admetre que s'estableixi un control sobre les procuracions o mandats, però, també aquí, el dret comú de la verificació del consentiment hauria de ser suficient.

b) Elaboració de garanties particulars referents al dret de tractament entès en un sentit extremament ampli (*cure and care*)

Es tracta de totes les decisions l'objectiu de les quals són les condicions físiques o psíquiques del benestar. De les reflexions que es fan a l'entorn de l'ètica mèdica es pot retènim un principi fonamental, que és el del consentiment amb informació en totes les fases: deure d'informació (incloent-hi les alternatives) per part dels "especialistes" (metges, psicòlegs, psiquiatres, assistents socials, etc.) i deure de comunicació (posar la informació a l'abast del destinatari).

En cas que el consentiment sigui realment impossible d'obtenir, caldrà defensar dos principis:

- no deixar la decisió en mans d'un sol agent i organitzar un control judicial (cal excloure-hi absolutament les solucions purament mèdiques o psicosocials i exclusivament tuteladores);
- fixar els límits de la ficció del consentiment per representació.

Aquest darrer punt mereix un examen en relació amb els tractaments irreversibles (estrictament mèdics) i els experimentals (que poden ser també psicoeducatius o psicoterapèutics). Els tractaments irreversibles, justificats per un estat de necessitat física (per exemple, l'amputació d'un membre gangrenat, etc.), no posen cap dificultat que la deontologia mèdica ordinària no pugui resoldre. Ben diferent és quan la supervivència de la persona no està en perill, sinó que es tracta més aviat de consideracions sobre les funcions orgàniques que convindria anul·lar per assegurar el benestar del disminuït. Pensem principalment en l'esterilització i certes operacions de cirurgia cerebral.

En alguns països hi ha normes que es refereixen a l'esterilització. A Anglaterra hi ha un control jurisdiccional.² A Noruega l'esterilització és possible, bé que condicionada a un dictamen mèdic.³ Als Països Baixos l'esterilització depèn de la decisió del representant en la mesura que la persona protegida sigui materialment incapaç de donar-hi el seu consentiment. A Espanya l'esterilització de persones discapacitades és prohibida per la interpretació que la *Fiscalia General* (equivalent al ministeri públic) ha fet de l'article 428 del Codi Penal. A Itàlia, per principi, es prohibeix qualsevol mena d'esterilització.

Dit així, l'enquesta demostra que es tracta d'un terreny on la pràctica és particularment "no regulada". O, més exactament, on les normes no públiques de cada institució psicomèdica tenen tendència a prevaler sobre les

diposicions legals. Cal prosseguir les recerques, cal aportar respostes tècniques, però el principi hauria de ser que ningú no pot consentir un dany semblant al cos d'altri.

Quant als tractaments experimentals, convindria distingir entre els que són "externs" a la causa de la deficiència i els que podrien actuar sobre aquesta causa. En el primer cas s'exclou el consentiment en lloc del disminuït interessat. En el segon (per exemple, els tractaments lligats a una psicoteràpia en què no hi ha necessàriament unanimitat), el límit que cal marcar és el refús de qualsevol tractament inhumà i degradador, i que qualsevol mesura no s'ha de justificar pel seu interès científic, sinó per la millora concreta del disminuït, cosa que implica una autorització prèvia i un seguiment del tractament.

En aquest àmbit, caldrà vetllar perquè els codis d'ètica mèdica que s'elaborin considerin la qüestió específica dels disminuïts psíquics per una via diferent al mecanisme de les excepcions a les garanties generals. Aquesta preocupació és palesa en els treballs del Comitè Hospitalari de la CEE, que, el maig de 1979, va adoptar una "Carta del malalt usuari de l'hospital". Tot reconeixent la necessitat d'una protecció complementària dels drets d'algunes categories de malalts, indica que la Carta vol ser l'expressió general dels drets fonamentals de tots els malalts usuaris de l'hospital. El Comitè pensava principalment en els malalts mentals, però la solució que preconitza en aquest punt no varia en el cas dels disminuïts psíquics.⁴ La recomanació 779 (1976), relativa als drets dels malalts i dels moribunds de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, afirma una regla semblant (*"el dret dels malalts a la dignitat i a la integritat, com també a la informació i als tractaments adequats, han de ser definits amb precisió i atorgats a tots"*).

Lamenten que s'hagués abandonat un projecte de recomanació del Comitè de Ministres del Consell d'Europa relativa als deures jurídics dels metges vers els seus malalts. Aquest projecte i l'exposició de motius contenien uns principis extremament interessants pel que fa al deure d'informació i les seves modalitats.

Quant als discapacitats que poden exercir un discerniment, afirmava que el seu consentiment era determinant. Contràriament, era escaient discutir els límits de la substitució de la decisió del discapacitat per part del seu representant (article 6 i punts 31 al 37 de l'exposició de motius).⁵

c) Definició extensiva dels deures de l'Estat (o dels seus òrgans des-centralitzats: seguretat social, acció social, col·lectivitats locals, etc.) pel que fa als disminuïts psíquics

Això es refereix, és clar, a la creació de serveis, a totes les mesures sense les quals els drets corren el perill de restar lletra morta, a la informació (en relació amb els disminuïts, a la seva família, a la població en general) i a la consulta de les organitzacions que assegurin una mena de representació col·lectiva.

En aquest àmbit, cal iniciar una revisió crítica de les nomenclatures que, de manera indirecta, poden incloure els disminuïts en altres tants substatuts cons-trenyedors i fer aquesta revisió amb la doble preocupació d'eliminar les termi-nologies amb connotacions "infamadores"⁶ i de preservar les possibilitats de decisió de l'individu contra les tendències a una medicalització i una psiquia-trització excessives.

En el cas de persones autistes, si les mesures jurídiques no tenen res evi-dent per aportar al debat sobre la natura i l'origen de l'autisme, no deixen, però, de garantir el principi de la llibertat de decisió entre diferents "tractaments" possibles (en el sentit ampli) i evitar que la lògica de la categorització (sovint excessivament impulsada en el l'àmbit de la seguretat social) no arribi a imposar una aproximació determinada.

B. QUINS SUPORTS INSTITUCIONALS?

L'AIAE és una agrupació d'organitzacions que actuen en l'àmbit nacional. Cadascuna d'elles podrà definir, doncs, les prioritats i el marc d'una interven-ció jurídica. Això no elimina la possibilitat d'una intervenció global que ultra-passi la simple posada en comú d'elements de reflexió.

Un examen ràpid de l'activitat de les organitzacions internacionals permet distingir característiques força marcades que diferencien la seva intervenció pel que fa als disminuïts psíquics.⁷

a) L'ONU

Dues declaracions, la de 1971⁸ i la de 1975,⁹ contenen principis generals molt precisos.

La recepció d'aquests principis en el dret intern resta, tanmateix, molt pro-blemàtica, tant per la seva força formal (una declaració de l'Assemblea Gene-

ral de les Nacions Unides té una importància moral i política, i no s'imposa jurídicament als Estats) com per la classe de disposicions que, sigui quin sigui l'instrument que les contingui, no són *self-executing* pel seu enunciat mateix (principis generals susceptibles d'excepcions; declaració d'intenció pel que fa a la legislació que cal adoptar).

Un examen més concret de l'activitat de les Nacions Unides demostra que aquesta organització pot tenir un paper polític essencial, però difícilment pot ser el lloc privilegiat d'una elaboració jurídica. Després de les resolucions 37/52 i 37/53, de desembre de 1982, es va adoptar un Programa d'Acció mundial referent als disminuïts i es va proclamar el període 1982-1992 Decenni de les Nacions Unides per als disminuïts psíquics. A mitjan el període d'aplicació del programa una reunió d'experts a Estocolm, l'agost de 1987, en realitzà un balanç.¹⁰ L'informe demostra fins a quin punt els progressos realitzats depenen de la bona voluntat dels Estats i reafirma els principis generals, sens dubte excel·lents, sense arribar a anar gaire lluny en la seva traducció en normes jurídiques. En aquesta ocasió, els experts van recomanar l'adopció d'una convenció internacional per eliminar totes les formes de discriminació referents als disminuïts (sobre el model de la Convenció conclosa en el si de l'ONU sobre l'eliminació de les discriminacions referents a les dones). Actualment aquest projecte està aturat per la reticència de molts Estats a sotmetre's a normes internacionals d'aplicació directa en aquest àmbit.¹¹

Es podran avançar diferents explicacions a aquests límits: la naturalesa mateixa de les Nacions Unides, la diversitat dels sistemes jurídics afectats, una mena de llei d'inèrcia de les organitzacions internacionals universals i de vocació múltiple.

b) La Comissió de les Comunitats Europees

La tasca realitzada per l'oficina de la Comissió per una acció a favor dels disminuïts psíquics és vastíssima.¹² L'any 1974 el Consell va adoptar un programa que afavoria la readaptació professional. A partir d'aquesta experiència, va impulsar la Xarxa Comunitària dels Centres de Readaptació i un sistema de subvencions per sostenir els projectes innovadors d'habitatges. L'Any Internacional dels Disminuïts Psíquics, proclamat per les Nacions Unides, va ser l'ocasió per aprofundir l'acció comunitària en aquest àmbit. La seva característica principal és que parteix d'un acostament alhora molt pragmàtic i global sobre *"tota la gamma dels factors que poden contribuir a l'ideal d'una existència independent—educació, formació professional, ocupació, seguretat social*

i sistema de cures, comunicació, mobilitat i habitatges, per no esmentar més que els factors més evidents".¹³ Els esforços principals s'han adreçat fins ara a la integració escolar, l'ocupació, la informació (banc de dades "Handynet"), la coordinació dels serveis, la readaptació, etc. L'elaboració jurídica no entra directament en les atribucions d'aquesta oficina.

Més enllà del fet que l'oficina pot aportar un suport logístic apreciable (aquesta recerca n'és una prova indirecta), és important establir-hi una relació estreta pel fet que la seva acció pràctica es basa en una voluntat d'integració global. Si és així, fins i tot sense entrar en el seu programa de promoure modificacions legislatives, qualsevol recerca d'un estatut jurídic de conjunt no es pot dur a terme si no és confrontant-se amb les intervencions de la Comissió.

c) El Consell d'Europa

L'evolució del Consell d'Europa és especialment interessant. D'entrada, hi ha una activitat centrada en la problemàtica de la readaptació dels minusvàlids i un apropament essencialment tècnic que privilegia l'accés a la feina.¹⁴ L'any 1984 es va emprendre una veritable codificació, que comprèn tots els aspectes d'un estatut col·lectiu que, per primera vegada, reconeix el dret a la diferència. Certament, cap de les disposicions de la resolució no es pot aplicar directament. Es recomana als Estats signants que *"s'inspirin en els principis i que prenguin les mesures que figuren en l'annex d'aquesta resolució quan elaborin els propis programes de readaptació"* i que assegurin una àmplia difusió de la resolució. L'annex comprèn nou capítols, que s'obren amb una definició de la política general molt completa. Cal retenir en particular la idea que la readaptació és un *"procés continu i global de prestacions que busquen la integració social i professional"*, on *"la cooperació activa i contínua del disminuït psíquic mateix"* té un paper essencial (punt 2.1.4) i la idea d'una coordinació que inclogui els diferents organismes de servei, les administracions locals, les famílies i les organitzacions de disminuïts psíquics i per a disminuïts psíquics (punt 2.3.6).

El capítol VIII és particularment interessant. Tracta de la readaptació social i la integració. S'allunya d'una concepció exclusivament centrada en l'accés a la feina i afirma clarament la necessitat de prendre mesures individuals i col·lectives que assegurin l'autonomia del disminuït. Subratlla que *"caldrà prendre mesures per afavorir la modificació de l'actitud social vers els problemes dels disminuïts psíquics; la seva integració tan completa com sigui possible és reconeguda com una necessitat social i un dret humà"*.

El Comitè per la Readaptació i la Reocupació dels Minusvàlids ha adoptat el tema de la integració social dels disminuïts psíquics com a eix del seu treball els anys 1985 i 1986. Ha creat un comitè d'experts que, el 1986, ha publicat un informe¹⁵ i ha adoptat proposicions d'esmenes a la resolució AP (84) 3.¹⁶

L'apropament proposat vol evitar una categorització excessiva. Les recomanacions no haurien de tenir per finalitat fer una resolució específica per als disminuïts psíquics, sinó que haurien de completar l'annex a la Resolució AP (84) 3, que afecta tots els disminuïts. Tanmateix, una secció nova de la resolució faria palesos certs aspectes específics de la integració social, escolar i professional dels disminuïts psíquics.

Les proposicions d'esmenes posen l'èmfasi en el paper de la família i la importància de la lluita contra els prejudicis. Insisteixen en la importància dels contactes entre nens no disminuïts i els nens disminuïts psíquics, com també en un procés continu d'"educació social", per mirar d'assegurar tant com sigui possible la lliure determinació i la independència de les persones. Sobre els problemes de la capacitat jurídica, indiquen que: *"D'acord amb la seva deficiència, els disminuïts psíquics poden tenir diferents graus de judici i, per tant, estar en situació de donar el seu consentiment informat"*.

"La legislació ha de tenir en compte els drets dels disminuïts psíquics i afavorir-ne tant com es pugui la participació en la vida civil (per exemple, dret de vot, conclusions de contractes, dret de testar, etc.). En el cas dels disminuïts psíquics que no poden ser autoritzats a exercir plenament els seus drets de ciutadans, cal ajudar-los a participar al màxim en la vida civil i assegurar-los l'ajut d'altri, prenent les mesures educatives adients".

Les proposicions concedeixen clarament una prioritat a les atencions dins de la col·lectivitat en relació amb les cures esmerçades a constituir i crear unitats de cures més obertes i més petites.

Els treballs del comitè inclouen els aspectes individuals i col·lectius de la integració i no preveuen l'accés a la feina com a mitjà exclusiu per realitzar-se.

L'èmfasi rau en la participació, l'autonomia, el respecte de l'afectivitat, dels desitjos i de la vida privada i sobre les obligacions dels organismes públics i de les associacions orientades als disminuïts psíquics.

Hi ha, per tant, un àmbit molt segur sobre el qual es pot concebre una acció sistemàtica amb vista a la protecció jurídica dels disminuïts psíquics. Un argument suplementari afavoreix una relació privilegiada amb els òrgans del Con-

sell d'Europa: l'extensió constant de la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans¹⁷ i l'enriquiment progressiu de les disposicions de la Convenció per mitjà de la tècnica dels protocols addicionals.

Es pot considerar que el Consell d'Europa cobreix amb la seva activitat els espais principals on es fixa la definició dels drets dels disminuïts psíquics: el dels drets humans (i, en aquest àmbit, posa en pràctica tècniques molt més eficaces que no la simple declaració dels drets fonamentals), el dels drets econòmics i socials (el Consell d'Europa hi intervé sobretot en la definició de les línies mestres i disposa d'un poder —certament limitat— de control dels mecanismes arbitrats per mitjà de la Carta Social, l'article 15 de la qual fa relació als drets dels disminuïts), el del dret al tractament i, indirectament, el dels drets civils i de procediment (gràcies a la doble pressió exercida “des de dalt” pels drets fonamentals i “lateralment” per les exigències que comporta la integració social).

NOTES

- (1) Aquesta regla és tradicional en el dret anglès. Recentment ha estat afirmada per les reformes escandinaves. El dret espanyol es troba a mig camí; consagra una capacitat política de principi i reserva al jutge la possibilitat de privar la persona que s'ha posat sota estatut dels seus drets polítics. A França, Bèlgica, els Països Baixos i Itàlia es priva la persona interdicta dels seus drets polítics. A França aquesta exclusió arriba a incloure les eleccions professionals.
- (2) Vegeu Re B (a menor) dins *All England Law Reports*, 1987, 2, 206-219. Es trata del que s'ha anomenat l'afer "Jeanette".
- (3) Segons les persones consultades, l'esterilització de persones discapacitades per donar-hi consentiment seria excepcional. Sota la influència de les teories eugèniques, va ser extraordinàriament estesa arreu dels països escandinaus fins a la fi dels anys seixanta.
- (4) Vegeu *Recueil international de législation sanitaire*, 1980, 31 (2), pàg. 467 i següents.
- (5) Vegeu Consell d'Europa, Comitè Europeu de Cooperació Jurídica (CECJ) - Comitè Europeu de Salut Pública (CESP), *Rapport final d'activité*, Estrasburg, 1984.
- (6) És particularment visible en els països escandinaus i anglosaxons un esforç de "depuració" terminològica. A la Gran Bretanya, ha abocat a una revisió profunda del vocabulari tradicional en el *Mental Health Act* de 1983.
- (7) Aquí no s'ha abordat l'activitat de les organitzacions especialitzades com la UNICEF, l'OIT, l'OMS i la UNESCO per tal com és extremadament especialitzada i tècnica i no afecta les normes de representació i de protecció jurídica sinó incidentalment. Els límits de la recerca no han permès estudiar l'activitat de les organitzacions regionals no europees (OEA, OUA, etc.).
- (8) Declaració dels drets del deficient mental, resolució 2856 (XXVI).
- (9) Declaració dels drets dels disminuïts psíquics, resolució 3447 (XXX).
- (10) Vegeu els documents de les Nacions Unides CSDHA/DPP/GME 1 a 7.
- (11) Vegeu SAULLE, "Da Liubiana a New York, un'occasione forse non ancora perduta", *ANFASS-Famiglie*, núm. 30 (octubre-desembre 1987), pàg. 32-33.
- (12) Vegeu els diferents números especials d'*Europe sociale*, dedicats a aquesta intervenció.
- (13) Extret d'*Europe Sociale*, suplement 7/86, "L'intégration sociale des personnes handicapées".

- (14) Podem enumerar prop de cinquanta recomanacions i resolucions el punt de partida de les quals és la Recomanació sobre la política general en matèria de readaptació dels minusvàlids, de maig de 1950 (revisada el novembre de 1958). La primera recomanació, que es refereix especialment als disminuïts psíquics, data de setembre de 1955 (revisada el maig de 1960). La característica de les recomanacions i resolucions que precedeixen la resolució AP(84)3, del 17 de setembre de 1984, és que generalment s'orienten a una categoria particular (tuberculosos, cecs, paraplàtics, etc.) o un aspecte particular dels serveis (prevenció, educació, treball protegit, edificis públics, pròtesis, etc.). La Resolució AP(84)3 ha estat presa en el marc de l'acord parcial dins l'àmbit social i de la salut. És aplicable a dotze dels vint-i-un Estat membres.
- (15) *Mesures visant à promouvoir l'intégration sociale des personnes handicapées mentales*, Estrasburg, 1986. Aquest informe té dues parts. La primera reprèn, sota la forma de recomanació, el contingut de les proposicions d'esmenes a l'AP(84)3. La segona reproduïx els informes adreçats per nou Estats sobre la situació dels disminuïts psíquics en relació amb les "rúbriques" de la resolució.
- (16) Proposicions d'esmenes a la resolució AP(84)3, document CD-P-RR (86)2, Annex C.
- (17) Vegeu Thomais DOURAKI, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, París, 1986. L'autor examina, entre altres, els drets al tractament i el dret a la informació dels malalts privats de la seva llibertat. *Mutatis mutandis*, s'hi troben certs principis fonamentals aplicables a qualsevol tractament.

CONCLUSIONS

Al final d'aquest estudi, hi ha una constatació que s'imposa: les múltiples formes de bandejament d'una societat no requereixen un gran esforç de legitimitació, davant l'evidència que la presència dels "anormals" crida a l'exclusió. Per l'assumpció que el dret pot fer d'aquest rebuig hauríem de distingir allò que és inherent a la construcció jurídica de la persona en els diferents sistemes d'allò que constitueix simplement el reflex jurídic de l'exclusió social (en l'àmbit de les normes o de la seva aplicació).

Una sentència recent del Tribunal de Cassació italià¹ il·lustra bé aquest doble fonament del caràcter handicapant del dret. Es tractava de saber si l'article 5 de la llei núm. 482-1968 sobre l'internament obligatori de les persones disminuïdes podia ser aplicat als disminuïts psíquics. La sentència s'oposa a la interpretació habitual de la llei que contenen diferents circulars i notes del Ministeri de Treball.² Aquesta sentència indica que la naturalesa dels desordres psíquics fa impossible una avaluació mèdica de la capacitat de treballar, car *"ens trobem en presència d'una impossibilitat absoluta de preveure les accions de les persones psíquicament disminuïdes"* (*"assoluta imprevedibilità di azioni dei minorati psichici"*). Si és així, aquests desordres, *"a causa de la seva incidència sobre la capacitat de comprendre i de voler del subjecte, anorreuen les condicions mateixes de la instauració d'una relació de treball, font d'obligacions específiques per al disminuït psíquic mateix"*. Hi ha, per tant, tota una categoria d'individus fora de la llei en un àmbit essencial de la vida perquè l'economia general del dret dels contractes els feia inintegrables, i això, sense passar per un procediment formalitzat i individual de prohibició. Rarament el caràcter fetitxista de la llibertat contractual com a fonament de les relacions socials ha estat expressat d'una manera més cruel.

Si l'afirmació dels drets dels disminuïts psíquics posa a l'ordre del dia reformes nombroses i profundes del dret vigent, la seva eficàcia requereix una orientació global que tingui en compte les interaccions entre els diferents nivells de funcionament del dret.

Sembla evident una primera interacció entre les normes dels diversos àmbits: entre el dret civil i els drets econòmics i socials, principalment. Així, cada vegada que una prestació se subordina al reconeixement del disminuït es cons-

tata una fortíssima pressió cap a l'adopció d'estatuts d'incapacitat amb vista a facilitar aquest reconeixement o a accelerar el procediment en curs. A Espanya, que hi ha aportat un de tants casos, es consenteix la prolongació d'una pensió d'orfanat més enllà de la majoria d'edat a favor de les persones disminuïdes psíquiques; les autoritats administratives consideren que el procediment d'incapacitació constitueix la manera principal de fer constatar la disminució psíquica. Els exemples d'efectes contraris viciosos com a resultat de la interacció de les normes es podrien multiplicar força. És el cas d'un gran nombre de règims de pensió d'invalidesa que, en tenir un sostre de remuneració relativament baix, descoratgen una activitat assalariada.

Des d'aquest punt de vista es poden harmonitzar les normes, evidentment, i eliminar-ne els efectes contraris més manifestos, però l'estudi dels dos sistemes jurídics en què el dret dels disminuïts ha conegut les transformacions més radicals suggereix que una orientació global, externa d'alguna manera al debat, cas per cas, sobre els règims en vigor, ha de guiar la transformació del dret per tal que aquesta sigui coherent i resisteixi la inèrcia dels sistema general.

L'elecció d'aquesta orientació comporta una doble anàlisi: la dels recursos que aporta el sistema jurídic en vigor per a la seva evolució, la de la interacció entre les normes, els agents que actuen per a la seva aplicació i els beneficiaris eventuals.

El primer punt demana respostes variables d'acord amb diversos factors; els més importants són:

- 1r. l'abast dels principis generals (eventualment sancionats de manera constitucional) i la possibilitat que té la jurisprudència d'emparar-se'n de manera autònoma per establir el dret (aquest criteri estableix una línia divisòria força clara entre els sistemes de *common law* i els d'inspiració romano-germànica);
- 2n. el grau de receptivitat de les normes internacionals;
- 3r. l'abast del control judicial dels actes administratius.

El segon punt escapa més la sociologia jurídica.

Es tracta de saber, en relació amb unes normes jurídiques determinades i els recursos a què donen lloc, fins a quin punt hi ha uns factors no immediatament jurídics que en frenen la posada en marxa: caràcter corrent o excepcional de les accions en justícia dins la cultura global; risc d'encarcament dels poders administratius; extensió i naturalesa dels moviments associatius i pos-

sibilitat per part d'aquests moviments de tenir accés a la justícia; disposició de l'administració per aplicar plenament, de manera transparent i amb avantatge dels beneficiaris, les normes que n'han d'assegurar la posada en pràctica; capacitat de l'aparell judicial per aplicar efectivament les lleis.³

Amb una comparació entre els "models" americà i escandinau es pot il·lustrar que si són possibles eleccions diferents (i, en gran part, si són condicionades per l'estructura jurídica i la cultura global) la condició essencial d'una transformació eficaç és la coherència dels principis que regeixen cada reforma parcial.

El dret americà dels disminuïts ha estat construït sobre la base del principi de la mateixa protecció aplicat a les minories. Aquesta concepció ha obert la via a una intervenció profunda, sistemàtica i dinàmica dels tribunals federals que, en molts aspectes, han creat el dret. La condició jurídica d'una intervenció així es troba en la combinació dels principis constitucionals tal com són duts a la pràctica a la majoria de països del *common law* amb les modalitats pròpies del control judicial que permet el federalisme americà. D'altra banda, aquest avenç és inseparable de la sensibilitat creixent de la societat als problemes que plantegen totes les formes de discriminació a conseqüència dels progressos considerables registrats pel moviment de la minoria negra al final dels anys cinquanta i durant els decennis següents. Es tracta d'un dret antidiscriminatori, que pressuposa una voluntat política d'intervenció del Tribunal Suprem i una pressió constant de les associacions de defensa dels disminuïts.

L'eficàcia desigual d'aquest dret en els diferents àmbits il·lustra la importància dels factors no immediatament jurídics. Així, s'assegura de manera prou satisfactòria la consideració de les necessitats específiques i el finançament dels serveis corresponents per part de l'Estat en l'àmbit de l'educació dels nens i adolescents (camp d'aplicació de l'EAHCA), mentre que el principi de no-discriminació en matèria d'ocupació, d'habitatge, de lleure o d'educació d'adults no ha permès, fins ara, transformacions prou radicals. Igualment, la privació de llibertat, lligada al tractament obligatori, ha estat objecte d'una revisió molt més sistemàtica que les limitacions de la capacitat jurídica pels règims tutelars. Hi ha, doncs, zones en què es dibuixa un consens força ample (dret a l'escolaritat, protecció contra els atacs directes a la llibertat), i aquest consens no està, tanmateix, lliure d'ambigüitats: una política d'integració també es pot fer al nivell més baix: les persones que deixen les institucions i que no tenen recursos financers atenyen aleshores les files d'allò que de vegades s'anomena "quart món". En altres àmbits, el conflicte de valors es fa més palès:

llibertat dels propietaris d'empreses per contractar les persones que volen seguir els seus propis criteris de selecció contra la regla de no-discriminació, prohibició de regulacions mèdiques, psiquiàtriques o familiars contra la definició d'un límit més enllà de qual cal excloure qualsevol forma de tractament sense consentiment de l'interessat, etc.

D'aquesta manera es veu que una situació jurídica s'allibera d'una conflictivitat permanent, on cada adquisició demana, alhora, que sigui defensada contra la seva negació per tornar enrere (és el que tendeix a produir-se en el terreny del *civil commitment*), però també contra la seva "desviació" per una lògica diferent en comparació de com havia estat concebuda (la política d'integració en una societat on l'Estat es vol desprendre d'una sèrie de funcions socials aboca també a una privatització de les atencions, que crea noves desigualtats i condemna una part de la població "alliberada" de les grans institucions a un abandonament tràgic).

Als països escandinaus, el concepte de "normalització" ha estat el fonament d'una concepció jurídica que garanteix el dret de cada individu, dins la seva comunitat, a beneficiar-se de serveis particulars que compensin les dificultats específiques. Un acostament així presenta un triple avantatge: no passar per l'etapa de la categorització; no subordinar els drets individuals a condicions de renda, a una situació familiar determinada o a altres factors de desigualtat; sensibilitzar el conjunt de la comunitat i els organismes administratius locals amb vista a assegurar l'efectivitat d'aquests drets. Aquest sistema va lligat a un context més ampli caracteritzat per un consens important sobre les funcions de l'Estat dins de la garantia del benestar dels individus (el que sovint s'ha anomenat l'"Estat-providència"), una organització econòmica que realitzi una redistribució important de les rendes per mitjà de mecanismes fiscals, una tradició de democràcia local i la forta influència dels valors igualitaristes del moviment obrer en la constitució de relacions socials.

Dinamarca és el país on s'aplica aquest principi de la manera més radical i més coherent per l'abrogació progressiva de totes les disposicions específiques que afecten els disminuïts.⁴ La transformació encetada des del començament dels anys setanta s'ha traduït en l'adopció d'una llei sobre l'Assistència Social,⁵ l'article 1 de la qual formula un dret individual a una assistència fonamentada en les necessitats, independentment de qualsevol classificació en una categoria determinada: "*Serà deure de les autoritats competents l'atorgament, en virtut de les disposicions d'aquesta llei, d'una assistència a qualsevol persona resident en aquest país que, per ella mateixa o per algun membre de la*

seva família, tingui necessitat de consell, d'assistència financera o pràctica o de suport per al desenvolupament o recobriment de la seva capacitat de treball per a cures, per a un tractament especial o per a un suport educatiu".

La gestió d'aquests serveis és pública i descentralitzada en l'àmbit dels ajuntaments.⁶ Qualsevol persona interessada pot intentar, gràcies a una xarxa de jurisdiccions administratives, recursos relacionats amb una decisió de les autoritats locals.

L'altra dimensió del principi de normalització és la realització de condicions que permetin viure una vida tan normal com sigui possible en l'interior d'una comunitat. El tancament progressiu de les grans institucions ha estat decidit i acompanyat per la creació de petites unitats de cures residencials i cases comunitàries, com també per una extensió dels serveis a domicili que permetin a les persones una vida autònoma o en un marc familiar.

L'aplicació del principi de normalització al dret penal es veu de manera favorable. En el curs d'aquests darrers anys, el nombre de persones condemnades a ser internades durant un temps determinat no ha deixat de disminuir,⁷ i un nombre cada cop més gran de disminuïts psíquics han estat jutjats dins el marc de procediments ordinaris. Aquesta evolució porta, naturalment, a discutir les sancions penals i la seva utilitat en relació amb la situació concreta de qualsevol persona, independentment del recurs a la noció d'irresponsabilitat.

Els estudis comparatius que s'han fet subratllen que els països escandinaus forneixen serveis i prestacions d'una extensió més àmplia que no altres països amb un nivell econòmic comparable i que aquests serveis s'adaptin millor a les necessitats individuals.⁸ Els èxits d'aquestes transformacions són inseparables del fet que hi hagi un moviment de disminuïts fortament estructurat que intervé en la presa de decisions; la seva legitimitat com a portaveu d'una part de la societat és reconeguda amb escreix per altres moviments socials i per l'Estat. Si el tancament de grans institucions ha permès certes economies, aquest no era pas l'objectiu central de les reformes, sinó que la tendència és reforçar el compromís dels poders públics amb vista a garantir-ne el benestar.

Evidentment, és il·lusori voler transportar en bloc el model americà o el model escandinau a altres països marcats per unes estructures jurídiques i un context social i cultural diferents.

L'experiència americana mereix ser estudiada en el marc de la construcció europea. Es pot preveure que unes jurisdiccions supranacionals (pel que fa al cas, el Tribunal Europeu dels Drets Humans), accessibles directament a les que

sotmeten a jurisdicció, podran fer un paper anàleg al dels tribunals federals en la garantia dels drets fonamentals i que per mitjà seu es puguin realitzar més obertures en l'àmbit del dret dels disminuïts.

D'altra banda, l'experiència escandinava mena invariablement a orientar la reflexió sobre les condicions socials i culturals que afavoreixen o frenen la creació d'handicaps. I aleshores uns instruments jurídics específics només es podrien justificar com a mesures transitòries destinades a accelerar la transformació d'aquestes condicions, i el millor indicatiu de la seva eficàcia seria la seva abrogació ulterior en benefici d'un dret comú que garanteixi els drets essencials de qualsevol persona dins la comunitat humana.

NOTES

- (1) Cassazione Civile, sezione lavoro, 21 de febrer de 1986, núm. 1072.
- (2) Sobre la interpretació que el Ministre de Treball feia de la Llei 428-1968, vegu SAU-LLE (1987), pàg. 157.
- (3) Sobre aquest punt, l'estudi que hem elaborat revela una amplíssima infrautilització dels règims de tutela més flexibles. Així, a Àustria, la revisió de les tuteles anteriors ha dut, en la majoria de casos, a l'adopció de la mesura de Sachwalterschaft més estesa. A Espanya, la tendència de la jurisprudència és limitar-se a una tria entre la *incapacitació* completa i el refús a emparar-se sota un estatut. La constatació del retard de la imaginació judicial en relació amb les possibilitats que algunes reformes ofereixen es pot estendre, probablement, a altres sectors. No es diu que les famílies, les associacions o els assistents socials tinguin sempre una consciència molt *neta* de la importància que té la utilització del debat judicial per millorar la situació de conjunt de les persones disminuïdes.
- (4) Suècia ha mantingut una legislació particular destinada a garantir uns avantatges suplementaris i específics a les persones disminuïdes psíquiques. Aquesta legislació ha estat examinada en el capítol IV d'aquest informe. La diferència de punt de vista en la posada en pràctica del principi de normalització no es tradueix en cap diferència significativa pel que fa a la naturalesa i el nivell de les prestacions. Igualment, l'organització diferent dels recursos no ha tingut cap incidència sobre el fet que en tots dos països hi ha un control aprofundit sobre la orientació de cada decisió i la seva conformitat amb les exigències de la integració social.
- (5) Llei sobre l'Assistència Social núm. 333, del 19 de juny de 1974, en vigor a partir de l'1 d'abril de 1976.
- (6) La descentralització es va fer efectiva a partir de l'1 de gener de 1980.
- (7) BANK-MIKKELSEN (1984) esmenta una vintena de casos per a una població de cinc milions d'habitants.
- (8) L'estudi de WIDEKIND (1985) és el més interessant en aquest àmbit. Es tracta de l'anàlisi comparativa de la qualitat de la vida dels joves disminuïts psíquics en un districte danès (Vestsjaelland) i en una regió septentrional de l'RFA (Wesser-Ems/Oldenburg). L'enquesta es va realitzar l'any 1980 a Dinamarca i el 1982 a Alemanya. La conclusió fa ressaltar la superioritat del sistema danès en els àmbits següents: estratègia de la renda; prestacions destinades a alleugerir la càrrega de les famílies, sobretot en casos d'esdeveniments imprevistos, com la malaltia dels pares; grau d'integració dels nens disminuïts en les institucions generals.

ANNEXOS

DRET ANGLÈS: LA *MENTAL HEALTH ACT* 1983

INTRODUCCIÓ

La *Mental Health Act* de 1983¹ ha dut a terme una refosa de la *Mental Health Act* de 1959, destinada a integrar esmenes diverses en un instrument coherent i únic.² Els canvis introduïts intenten fonamentalment garantir els drets de les persones afectades.

Abans d'estudiar alguns aspectes de la *Mental Health Act*, cal remarcar tres diferències essencials pel que fa als drets de l'Europa continental.

En primer lloc, el dret anglès estableix dos àmbits clarament diferenciats quant a la representació. La *guardianship* afecta només el tractament entès en un sentit força extens, com ara la responsabilitat d'institucions especialitzades o de serveis socials locals. Encara que l'abast d'aquesta mesura ha evolucionat considerablement, sempre ha estat considerada com una influència administrativa excepcional sobre el govern de la persona.

El segon àmbit és el de la gestió del patrimoni, i representa un poder exercit per l'ordre judicial (per la *Court of Protection*), directament o bé mitjançant una persona nomenada a aquest efecte (*receiver*).³

En segon lloc, el dret anglès sempre ha ignorat un procediment de "prohibició" que, després d'una intervenció judicial, decretaria que una persona és incapaç de comprometre's en actes jurídics en el futur. La norma tradicional del *Common Law* preveu, en canvi, que la validesa de tots els actes sigui determinada per la realitat del consentiment pel que fa a l'autèntic abast de l'acte i les seves conseqüències.⁴ Les dues grans àrees de representació que preveu la *Mental Health Act* deixen intacta una capacitat residual de principi en tots els àmbits que aquestes dues àrees no engloben.⁵

En tercer lloc, i aquesta diferència és d'una tendència recent, pel que fa als disminuïts psíquics la tutela es presenta com una institució que només és aplicable a una minoria d'ells. Això és fruit de les noves definicions que la llei de 1983 introdueix.

DEFINICIONS

La secció 1 defineix les categories de persones que la llei té com a objectiu.

Aquestes definicions són jurídiques, i no mèdiques, la qual cosa comporta que les jurisdiccions implicades no es vinculin per les qualificacions aportades pels experts mèdics, i que és possible que hi hagi un recurs contra una decisió quan aquesta decisió inclou una persona en una categoria o en una altra.

Cal distingir-hi tres cercles concèntrics. La definició més extensa tracta del desordre psíquic que comprèn la malaltia psíquica, un desenvolupament psíquic aturat o incomplet, els trastorns psicopàtics o qualsevol altre trastorn o deficiència psíquica.⁶ Una definició tan àmplia només s'aplica a un nombre limitat de disposicions, les que impliquen el mínim atemptat contra la llibertat personal i la durada de les quals és generalment molt limitada, com ara l'admissió forçada en cas d'urgència en un hospital per donar un diagnòstic, d'una durada màxima de 72 hores (secció 4); l'admissió forçada per donar un diagnòstic i, eventualment, un tractament, d'una durada màxima de 28 dies (secció 2); la detenció per un temps màxim de 72 hores d'una persona que pateix un trastorn psíquic i que es troba en un lloc públic si un oficial de policia creu que hi ha una necessitat immediata de fer-se'n càrrec o controlar-la (secció 136); el mandat de buscar i acompanyar una persona que raonablement es pot considerar maltractada, oblidada o abandonada sense cap control adequat o bé que és incapaç de fer-se càrrec d'ella mateixa, en cas que visqui sola. L'internament d'aquesta persona en un "lloc segur" no pot excedir les 72 hores (secció 35). Aquesta és la mateixa definició extensa del desordre psíquic que s'aplica a la competència de la *Court of Protection* (secció 94).

La majoria de les disposicions, en canvi, exigeixen una qualificació més específica que té l'efecte de fer-les inaplicables a la gran majoria dels disminuïts psíquics. És el cas de les seccions 7 a 10, que estableixen la tutela (*guardianship*) i de les seccions que regeixen les diverses modalitats d'internament psiquiàtric (secció 3: procediment ordinari; secció 37: procediments penals duts a terme per la *Crown Court* o per un *Magistrates' Court*; secció 35: destinació a un hospital per una jurisdicció penal durant un període d'observació de 28 dies, renovable fins a una durada màxima de 12 setmanes).

Les categories que la llei preveu en aquestes disposicions són quatre. No saltres en distingirem les majors de les menors. Aquesta diferència no té cap incidència sobre la tutela, però sí que en té sobre els procediments d'interna-

ment: quan la persona es recupera d'una categoria menor s'exigeix una prova complementària de la possibilitat d'oferir un tractament eficaç.

Les categories majors són:

- a) **la malaltia psíquica.** Aquesta malaltia no queda definida en cap part de la llei. La jurisprudència precisa que cal entendre-la en el sentit normal del llenguatge corrent;⁷
- b) **la deficiència psíquica severa** (*severe mental impairment*), definida com un estat de desenvolupament psíquic aturat o incomplet que implica una deficiència severa de la intel·ligència i de la conducta social i que s'associa amb una agressivitat anormal o bé a una conducta irresponsable.

Les categories menors són:

- a) **els trastorns psicopàtics**, definits com a trastorns psíquics o com una deficiència psíquica de caràcter persistent, amb deficiència significativa de la intel·ligència o sense aquesta deficiència, que provoca una conducta anormalment agressiva o seriosament irresponsable;
- b) **la deficiència psíquica**, definida de la mateixa manera que la deficiència psíquica severa; se'n diferencia en el fet que la deficiència hi ha de ser "significativa", més aviat que no "severa".

Si observem aquestes definicions, ens adonarem que el disminuït psíquic només entra en el camp d'aplicació de les disposicions més "dures" de la llei en la mesura en què es relaciona amb allò que es defineix com a trastorn psicopàtic.

Una limitació com aquesta ha estat algun cop criticada per la doctrina i, concretament, per algunes associacions de defensa dels disminuïts psíquics que ho veuen com una negació del dret a la tutela tal com es reconeix en la declaració dels drets de les persones disminuïdes psíquiques adoptada per les Nacions Unides el 20 de desembre de 1971.⁸

LA GUARDIANSHIP

La sol·licitud de *guardianship* només es pot aplicar a persones de 16 anys com a mínim i que entrin en una de les quatre categories que hem esmentat anteriorment, fins a un grau que necessitin la *guardianship*, i mentre aquest

tipus de tutela sigui necessari per a l'interès del seu benestar o bé per a la protecció d'altres persones. La petició ha de ser presentada per un assistent social qualificat (*approved social worker*) o bé per un parent proper (*nearest relative*),⁹ i s'ha de basar en una recomanació establerta per dos metges (un d'ells ha de ser reconegut pel Secretari d'Estat per als Serveis Socials per la seva experiència personal en psiquiatria). Els serveis socials locals són els que prenen la decisió, però la *guardianship* i les decisions del *guardian* poden ser objecte d'un procediment d'apel·lació davant el *Mental Health Review Tribunal*. Contràriament al que passa en cas d'internament psiquiàtric, aquest procediment depèn de la iniciativa de la persona afectada o dels seus familiars. Aquest punt és probablement el més feble de la legislació, ja que no hi ha previst que una jurisdicció independent hi exerceixi un control automàtic. El *guardian*, que pot ser la direcció local dels serveis socials o bé una persona que hagi designat aquesta direcció, està, certament, sotmès a les intervencions del *Secretary of State*, però és difícil avaluar l'àmbit d'aquest control administratiu.

L'Act de 1983 limita la competència del *guardian* a tres àmbits:

- 1) determinar-ne el domicili;
- 2) determinar-ne el lloc i el període en què la persona ha de seguir un tractament mèdic, exercir una professió, rebre una formació general o especial (*education or training*);
- 3) assolir que la persona protegida estigui sotmesa a l'examen d'un agent designat pels serveis mèdics o de salut mental.

El segon punt no dóna al *guardian* el poder d'imposar un tractament contra la voluntat de la persona afectada en la mesura en què una persona sota *guardianship* no entra en les categories previstes en el títol IV de la llei, que afecta els tractaments relatius als trastorns mentals aplicats a persones que no siguin clients voluntaris.¹⁰

La nova definició dels poders del *guardian* difereix profundament de la que havia prevalgut en la redacció de l'Act de 1959, que li atribueix els poders que un pare exerceix sobre un nen de menys de 14 anys.

Els deures del *guardian* són vetllar pel benestar, entès en el sentit més extens ("la distracció, la formació, l'ocupació, el lleure, el benestar general... han d'assegurar que es fa tot el que és possible per a la promoció de la seva salut física i psíquica"). Això li dóna un cert dret de control sobre les visites i la correspondència.

Hi ha diverses accions que es constitueixen en infraccions: els mals tractes o la negligència per part del *guardian* (secció 127); l'ajut a una persona sota *guardianship* per sortir d'una institució sense les formalitats que s'hi requereixen (secció 128); l'obstrucció a una persona autoritzada que visita, entrevista o examina una persona sota *guardianship* (secció 129).

L'estatut té un caràcter provisional: la *guardianship* es fa per un període de sis mesos, renovable posteriorment per períodes d'un any. Aquesta revisió (per la mateixa instància) potser compensa, en certa mesura, la manca de revisió automàtica per una jurisdicció administrativa superior.

La segona figura important que reconeix la *Mental Health Act* és la d'un parent proper (*nearest relative*). La secció 26 indica que es tracta, per ordre de prioritat:

- 1) del cònjuge;¹¹
- 2) del fill o la filla;
- 3) del pare o la mare;
- 4) del germà o la germana;
- 5) d'un avi o una àvia;
- 6) d'un nét o una neta;
- 7) d'un oncle o una tia;
- 8) d'un nebot o una neboda.

En el mateix nivell, la persona preferible serà la de més edat. Si la persona afectada viu amb una d'aquestes persones, aquesta haurà de ser elegida amb prioritat. En qualsevol altre cas hi ha, per tant, una elecció que no té en compte les relacions afectives.

Si la persona té menys de 18 anys i li ha estat atribuït un *guardian*, aquest haurà de ser el *nearest relative*. En el cas dels menors per als quals l'autoritat paterna ha estat transferida a una administració local o a una persona física, per donar aplicació a les seccions 3 o 10 de la *Child Care Act* de 1980, aquests representants hauran de ser considerats *nearest relative*.

La *County Court*, tanmateix, té poder per substituir una persona o una *authority*, en cas de petició (realitzada per la persona afectada, els seus parents propers o per un assistent social), però aquest poder es limita a un cert nombre de motivacions (totes les quals menen a oposicions desraonables a

mesures restrictives; una demanda o una aprovació desraonable d'aquestes mesures no podrà ser sancionada).¹²

El *nearest relative* té poder —amb el consentiment d'un assistent social qualificat— per sol·licitar:

- 1) una mesura d'internament obligatori;
- 2) un tractament obligatori, o
- 3) una *guardianship*.

Té poder de veto sobre una petició de sortida (*discharge*) d'un hospital. Igualment, no es podrà decidir cap *guardianship* ni cap internament en contra del seu parer.

RECURSOS

Els recursos contra la decisió de *guardianship*, contra les decisions del *guardian* o en cas d'internament s'exerceixen davant una jurisdicció administrativa: els **Mental Health Review Tribunals** (MHRT).¹³ Els seus membres han de representar tres components: juristes (és el cas, normalment, del President), metges i persones que tenen una experiència en l'administració i un coneixement dels serveis socials. Són nomenats pel *Lord Chancellor*. En cas de necessitat, els fons públics per a l'assistència judicial cobreixen les despeses de representació davant els MHRT. Els procediments poden ser oberts de tres maneres diferents: per la persona afectada en els terminis prescrits (generalment, aquest dret pot ser exercit pel *nearest relative* en les mateixes condicions, tret del que fa a l'aixecament de la *guardianship*, que pot, en qualsevol moment, ser obtinguda pel *nearest relative* sense necessitat d'un recurs davant un MHRT); pel Secretari d'Estat d'Afers Socials, que si ho considera necessari pot, en qualsevol moment, sotmetre l'MHRT el cas d'un pacient internat o sota *guardianship* (el *Home Secretary* —Ministre de l'Interior— té els mateixos poders per als *restricted patients*);¹⁴ per una remissió automàtica de certs afers pels quals no s'ha intentat cap recurs (així, les autoritats d'un hospital en què ha estat internada una persona han de sotmetre obligatòriament el seu cas a l'MHRT sis mesos després de la seva admissió si no s'hi ha exercit cap recurs; després, s'hi ha de realitzar un nou examen cada tres anys. Aquest termini és reduït a un any en el cas dels menors de setze anys).

Assenyalem l'existència d'una *Mental Health Act Commission*, que no té una funció jurídica, i la missió principal de la qual és la protecció del dret de les persones internades per mitjà d'un poder d'investigació força ampli. La *Commission* no té cap poder de decisió; es limita a transmetre els seus informes a les autoritats responsables.¹⁵

LA COURT OF PROTECTION

Les regles que afecten la gestió del patrimoni són completament autònomes en relació amb la institució de la *guardianship*. La *Court of Protection* pot administrar i controlar la propietat i els afers de qualsevol persona "incapacitada, a causa d'un desordre mental, per menar i administrar la seva propietat i els seus afers". La referència al "desordre mental" és prou indicativa que el seu camp d'acció és força ampli. Qualsevol persona posada sota el control d'aquest tribunal és qualificada de "pacient". El procediment és extraordinàriament simple. La demanda, l'inicia, en principi, el *nearest relative*, però pot exercir aquest dret qualsevol persona interessada (incloent-hi un creditor o un deutor). El Tribunal també pot actuar d'ofici. La petició ha d'anar acompanyada d'un certificat mèdic i, eventualment, d'altres proves. No hi és obligatòria cap compareixença personal. El conjunt del procediment es pot desplegar per comunicacions postals. La persona afectada no rep cap còpia de la demanda que l'afecta, com tampoc no cal cap còpia del certificat mèdic o dels altres documents aportats com a proves. En principi, caldrà informar aquesta persona de l'obertura d'un procediment¹⁶ i haurà d'adreçar —per correu— les seves objeccions o nomenar un representant en un termini de set dies. Tanmateix, es pot prescindir d'aquesta informació de la persona afectada si el Tribunal ho considera necessari en interès de la salut de la persona, perquè aquesta no comprendria la notificació o per qualsevol altra raó. El Tribunal té un poder d'apreciació discrecional sobre les objeccions del pacient. En cas de dubte, un expert mèdic oficial (*Lord Chancellor's Medical Visitor*) informarà el *Master* del Tribunal. Aquest expert forma part d'una estructura tripartida establerta l'any 1982 per la *Supreme Court Act 1981*, que estableix un cos de *Visitors* mèdics, jurídics i generals encarregats de contactar amb els pacients i d'informar-se de la seva capacitat d'administrar els seus béns.

Les decisions, les pren el *master*, és a dir, un jutge auxiliar que dictamina "en sala", sense audiència pública.

Hi ha recursos previstos: a l'interior mateix de l'estructura del Tribunal, el *judge* rep les apel·lacions contra les decisions que fa el *master* en el primer grau. Després es poden fer apel·lacions davant la *Court of Appeal* i, en última instància, davant la Cambra dels Lords.

La secció 102 defineix els poders del Tribunal de la manera més àmplia. Pot fer o ordenar que es faci tot allò que li sembli necessari o convenient pel manteniment o el profit¹⁷ de la persona afectada o dels membres de la seva família. Pot ordenar disposicions vers altres persones o altres finalitats, mentre consideri que la persona afectada hauria actuat de la mateixa manera si no hagués sofert cap trastorn mental.¹⁸

La secció 103 defineix un cert nombre de poders específics que no limiten de cap manera la competència general que acabem d'indicar. El Tribunal pot, entre altres coses, controlar o administrar directament el patrimoni del pacient, adquirir o vendre béns, concloure contractes i exercir una acció legal a nom del pacient.

Aquests poders són delegats generalment a un *receiver* quan el patrimoni del pacient excedeix les 5.000 lliures esterlines. Sovint, el *receiver* és un parent proper. Pot ser, igualment, el director d'un servei social o el representant d'una altra autoritat administrativa, però aquesta solució s'aplica cada cop amb menys freqüència, a causa del desbordament dels serveis socials locals i les restriccions pressupostàries que els imposa el fet de treballar amb un personal molt limitat. El Tribunal té tendència a nomenar, més sovint que no feia abans, un representant legal (*solicitor*), cosa que no es fa sense risc de confusió dels poders, ja que normalment el *solicitor* és encarregat de representar el pacient en cas de conflicte amb el *receiver*. En alguns casos, quan no hi ha cap altra possibilitat, el Tribunal nomena el representant legal oficial (*Official Solicitor*) per exercir la doble funció de *solicitor* i de *receiver*. En l'elecció del *receiver* no preval cap automatisme. Preferirà un parent proper a algú que hi sigui estrany i, més concretament, algú que pugui visitar regularment la persona afectada. El cònjuge no s'haurà de designar necessàriament. El *receiver* pot ser remunerat; és responsable davant el Tribunal i li ha d'adreçar un informe anual.

En els casos en què el patrimoni del pacient no excedeixi les 5.000 lliures esterlines, o bé quan ho consideri adequat, el Tribunal no nomenarà un *receiver* i exercirà el seu poder mitjançant un procediment ràpid, en designar un dels seus membres o una altra persona perquè dugui a terme una ordre que hagi dictaminat.

Hi ha previstos igualment procediments d'urgència (semblants a la institució del recurs d'urgència —*référé*— en el dret francès o belga). En poden dur a terme sense peritatge mèdic i el Tribunal hi pot nomenar un *receiver ad interim*.

Les crítiques que rep aquesta institució són de dues menes.¹⁹ Unes fan referència al funcionament pràctic del Tribunal, el qual, amb un efectiu de menys de 220 persones, administra els béns de prop de 23.300 pacients.²⁰ Aquesta desproporció fa que l'exigència d'una verificació concreta de les necessitats i de les capacitats de cada persona sigui força il·lusòria. Per tal de facilitar els procediments, el Tribunal tendeix a assegurar-se el control íntegre del patrimoni i a delegar el seu poder a *receivers*, sobre els quals no sempre aconseguix exercir un control eficaç.²¹ Moltes decisions es tradueixen en una actitud exageradament protectora o paternalista que privilegia l'atresorament en detriment de les necessitats personals, de vegades importants. La voluntat de no córrer cap risc es demostra pel fet que, fins a l'any 1976, qualsevol persona que estava sota la jurisdicció de la *Court of Protection* era privada automàticament del permís de conduir o del dret de sol·licitar-lo. Malgrat la institució dels *Lord Chancellor's visitors*, hi ha força indicis que els contactes entre el Tribunal i els pacients són molt limitats (poc més de 1.100 visites anuals), fet que comporta que, com a mitjana, cada pacient tingui una oportunitat de ser escoltat cada vint anys.

L'any 1983²² hi havia vuit *general visitors* en els quals requeria essencialment l'organització de les visites, dos *medical visitors* i un *legal visitor* (les visites d'aquestes persones especialitzades es produeixen únicament quan les proves mèdiques avançades per justificar la competència del Tribunal plantejegen problemes, quan el Tribunal vol estar informat de la capacitat d'un pacient per testar o en cas de divorci).

L'existència d'una única seu, a Londres, no facilita els contactes amb els pacients que resideixen a altres bandes. Finalment, el cost de les prestacions del Tribunal no es calcula d'acord amb els ingressos dels pacients, i això de vegades perjudica greument els seus recursos.

Hi ha altres crítiques que són més fonamentals, ja que fan referència a l'estatut jurídic del tribunal. El caràcter sumari i essencialment no contradictori del procediment, la brevetat dels terminis d'apel·lació i l'ampli poder discrecional del *master* posen en dubte la conformitat del procediment seguit en relació amb les exigències mínimes de procediment que es requereixen quan es tracta dels drets civils. Podem considerar que les exigències de l'article 6, apar-

tat 1, de la Convenció Europea dels Drets Humans no són gaire respectades en una situació paradoxal en què un tribunal judicial possiblement no observa les garanties que moltes jurisdiccions no relacionades amb l'ordre judicial presenten. La doctrina tradicional mostra l'argument del caràcter "benigne" de les intervencions del tribunal. S'hi pot oposar l'àmplia definició dels seus poders, que constitueix la base legal d'intervencions que fan referència, en certa manera, als drets personals: una interpretació extensiva permet igualment al Tribunal sol·licitar que els *receivers* l'informin d'un casament (i, eventualment, que s'hi oposin) o li concedeixin la iniciativa d'accions legals que no sempre són de naturalesa patrimonial.

S'hi han realitzat propostes de reforma:²³ fan referència, d'una banda, a un clar reforçament de les garanties de procediment (terminis prolongats per fer valer objeccions, compareixença personal, inversió de la càrrega de la prova en benefici de la persona afectada, proves que facin més referència al comportament que no a la qualificació mèdica, etc.). D'altra banda, s'ha proposat la introducció d'una distinció entre pacients informals (amb un procediment simple i un control particularment flexible exercit pel tribunal sobre els seus interessos) i pacients formals (que correspondrien, a grans trets, a la població internada en institucions psiquiàtriques).

CONCLUSIONS

En conclusió, no podem evitar sorprendre'ns per la asimetria que hi ha entre les tuteles personals, que afecten únicament alguns centenars d'individus, i les mesures de control del patrimoni.

Ens sembla que cal distingir diferents aspectes per saber si el caràcter absolutament excepcional de la tutela és un mal per ell mateix.

Un primer problema afecta l'aplicació del dret. La tutela és un mecanisme essencialment administratiu en el dret anglès, i sembla ser que el seu cost elevat ha fet que les administracions locals evitin recórrer-hi, fins i tot en casos en què hauria pogut ser necessari.

Un dels objectius de les Esmenes de 1982, que limitaven els poders del tutor, era facilitar la tutela en els casos més greus. Des d'aquest punt de vista, l'aplicació de la llei ha topat amb la inèrcia de les administracions locals i amb la insistència governamental de realitzar estalvis considerables. La majoria

dels autors subratllen que aquestes consideracions econòmiques expliquen en gran manera la inutilització d'aquest estatut.²³

El que es planteja aquí és tot el problema de l'efectivitat dels drets i el poder discrecional de les autoritats públiques i, concretament, les incidències de mesures d'austeritat en el compliment de drets que són proclamats, d'altra banda, com a essencials.

Una segona qüestió fa referència a les altres institucions jurídiques que el dret anglès posa a la disposició de les persones que necessiten una protecció o una forma de representació concreta.

El *trust*²⁴ i el mandat d'*attorney*²⁵ s'utilitzen força sistemàticament per respondre a les necessitats dels disminuïts psíquics. Els límits d'aquesta enquesta no permeten avaluar-ne les conseqüències i l'adaptabilitat a qualsevol situació. El fet que es tracti d'institucions de dret comú i no d'estatuts excepcionals és, certament, positiu per ell mateix.

Finalment, ens podem plantejar la pertinència de controlar els buits jurídics que es constaten per una extensió del sistema de tutela. Les experiències sueca i austríaca han aportat altres respostes que incideixen més aviat en les formes d'assistència.

NOTES

- (1) La legislació a què ens referim s'aplica a Anglaterra i al País de Gal·les. Els drets escocès i d'Irlanda del Nord presenten particularitats que no estudiarem aquí.
- (2) Trobem una relació detallada de les *Acts* promulgades entre 1959 i 1982 en: *Halsbury's Laws of England, Annual Abridgment, 1983*, pàg. 527 i següents. La més important d'elles és la *Mental Health (Amendment) Act 1982*, del 28 d'octubre de 1982.
- (3) Històricament, el dret anglès no ha centrat mai en la família els estatuts de protecció o de representació. Aquests estatuts provenen, pel vessant de la *guardianship*, del dret costumari, desenvolupat al voltant de la noció de *parens patriae*, que confiava al sobirà la propietat i el govern de la persona dels fills d'un vassall mort. L'altre vessant té el seu origen en l'estatut de *Prerogativa Regis*, que es remunta al regne d'Eduard I (1272-1307) i que permetia que la Corona s'emparés de les propietats dels malalts psíquics, a canvi de mantenir-los, a ells i les seves famílies, i de retransmetre la propietat als seus hereus quan aquells morin. Tot i que les concepcions han evolucionat després considerablement i han experimentat transformacions profundes durant els dos darrers segles, la història explica, en gran manera, l'estructura tan particular del dret anglès i, concretament, la dualitat d'una jurisdicció administrativa per a la tutela i una intervenció judicial per a les qüestions patrimonials.
- (4) Vegeu *Re Beaney* (1978) 2 All ER (1978), que reafirma molt clarament un principi constant: la capacitat mental que requereix el dret en relació amb cada acte depèn de la transacció concreta que s'efectui per aquest acte, i es pot descriure com la capacitat de comprendre la natura de la transacció quan la hi expliquin. Tornem a trobar aquesta regla en totes les decisions estudiades: casament, testament, contracte, etc. S'aplica igualment als drets polítics (vegeu *Halsbury's Laws of England* —4a. edició—, vol. XV, núm. 410, que cita decisions que estableixen aquest principi i que es remunten a 1791).
- (5) Encara que podem constatar algunes "intrusions" de la *Court of Protection* en el camp dels drets personals, no hi ha una autèntica incapacitat, en el sentit que s'entén fora del Regne Unit, derivada del fet d'estar sotmès a la seva jurisdicció. Com a regla general, el dret comú de creació essencialment jurisprudencial continua regulant el procediment de la majoria dels actes personals (casament, divorci, filiació, etc.), regeix el camp de la responsabilitat civil i s'aplica —tret de casos d'intervenció de la *Court of Protection* per tal d'anul·lar un acte— als contractes i als actes de caire gratuït.
- (6) L'Act de 1983 manté la reserva de l'Act de 1959 en què s'indica que no es pot classificar ningú en la categoria de persona afectada per un desordre mental "*únicament a causa de promiscuïtat o de qualsevol altra conducta immoral, d'una desviació sexual, d'alcoholisme o de toxicomania*".

- (7) W. v. L. (1974) Q.B. 711, C.A. Es tractava d'una persona que havia realitzat mals tractes contra un gat i uns gossos i havia amenaçat la seva dona. El jutge Lawton va afirmar: "*Em pregunto què hagués dit una persona normal i sensible de l'estat del pacient en aquest cas, si l'haguessin informat de la seva conducta envers els gossos, el gat i la seva dona. A parer meu, aquesta persona hauria dit: bé, aquest xicot és clarament un malalt mental*".
- (8) Gunn (1986) reflecteix aquesta crítica i proposa la institució d'una *guardianship* semblant a la que hi ha en el dret americà. Un grup de treball sobre la tutela dels adults ha elaborat una proposició de llei (reeditada per Lydia Sinclair i Michael Whelton) que proposa la instauració d'un doble sistema de *guardianship*, total o parcial, centrat en les necessitats de la persona i sotmès al control de l'ordre judicial. Aquesta proposició preveu poders força amplis que es podrien atribuir al *guardian*: decisions en matèria de residència, de companyia, de relacions sexuals, d'activitats socials, de treball, de formació, de patrimoni, de salut i de vida quotidiana, com també qualsevol altra decisió que pugui prendre el pare d'un nen de menys de 14 anys.
- (9) Més endavant veurem la definició del *nearest relative*.
- (10) Sense entrar en detalls, el títol IV hi distingeix tres procediments: el que exigeix el consentiment del pacient, un certificat que verifiqui la validesa d'aquest consentiment i un certificat sobre la conveniència del tractament (cirurgia psíquica, tractament hormonal i altres tractaments detallats en una relació), la que exigeix el consentiment del pacient i un certificat en què verifiqui el consentiment o bé un certificat que indiqui la conveniència del tractament (medicació, electro-xocs) i el que permet procedir al tractament sense condicions (els altres casos).
- (11) Una parella no casada és assimilada a una parella casada per l'aplicació d'aquest punt, mentre la vida en comú hagi durat com a mínim sis mesos.
- (12) El procediment que preveuen les regles de les *County Courts* s'aparta del dret comú. El pacient no hi és considerat com una part al procés i pot ser interrogat separatament o bé rebre la visita de l'escrivà (*registrar*), que n'informarà el tribunal. El *nearest relative*, considerat com a defensor, no té accés als informes mèdics o de les autoritats locals o sanitàries que puguin ser acceptades com a proves pel Tribunal sense un debat contradictori complet.
- (13) Les disposicions que afecten els MHRT constitueixen les seccions 65 i següents de la *Mental Health Act*. Han estat completades per les *Mental Health Review Tribunal Rules of Procedure 1983* (SI 1983 núm. 942). Hi ha una voluntat evident de sotmetre els contenciosos de l'Act de 1983 a una jurisdicció essencialment administrativa. La secció 139 disposa que, tret de certs casos, no es podrà intentar davant un tribunal cap acció civil o penal que afecti un acte regit per la *Mental Health Act*, llevat que la *High Court* o el *Director of Public Prosecutions* en donin autorització. Aquesta autorització se subordina a la demostració de la mala fe o de la negligència de l'autor de l'acte.

- (14) La *restriction order* és decidida per la *Crown Court*, en matèria penal, quan “*en vista de la natura del delict, dels antecedents del delinqüent i del risc que cometi nous delictes*”, un acusat jutjat culpable és internat, per un període indeterminat o bé especificat pel tribunal. Fins l'any 1982, únicament el *Home Secretary* podia sol·licitar l'alliberament d'un *restricted patient* a l'MHRT. Aquesta pràctica va ser condemnada pel Tribunal Europeu dels Drets Humans (*X v. Regne Unit*, 5 de novembre de 1981). De llavors ençà, és possible un recurs de la persona internada. Sobre aquest punt, es pot consultar MUCHLINSKI (1980) i GOSTIN (1982).
- (15) L'estatut i les regles de funcionament de la *Mental Health Act* són definits en la secció 121 de la *Mental Health Act* i completats per les *Mental Health Act Regulations 1983*.
- (16) La fórmula d'aquesta notificació és particularment lacònica: “*El Tribunal considerarà si cal prendre mesures en interès vostre per tal de salvaguardar i administrar el vostre patrimoni i els vostres afers, en el cas en què sigueu incapaç de fer-ho per vos mateix, (nom del receiver proposat) o qualsevol altra persona convenient haurà de ser nomenada com a receiver*”. Tot seguit, el pacient és informat que pot expressar les seves observacions mitjançant una carta adreçada al Tribunal (fórmula reproduïda per GOSTIN, 1983-A, pàg. 25).
- (17) La llei utilitza el terme “benefici”, que abasta tot allò que sigui financerament o materialment favorable al pacient, fins i tot l'execució forçada d'obligacions.
- (18) Aquesta doctrina del *substituted judgement* es remunta a la detenció *Ex Parte Whitbread*, l'any 1816. Sobre aquesta doctrina i els seus límits, vegeu Terry CARNEY i Pierre SINGER, *Ethical and legal Issues in Guardianship Options for Intellectually Disadvantaged People*, 1986 (especialment les pàg. 56-61).
- (19) Podem trobar una exposició detallada d'aquestes crítiques a GOSTIN, 1983-A.
- (20) Xifres corresponents a l'any 1981, citades per GOSTIN, 1983-A, pàg. 8. La quantitat total dels béns administrats pel Tribunal s'elevaven en aquell moment a 450 milions.
- (21) Els *receivers* han d'enviar un informe anual, però aquesta formalitat, si bé pot revelar casos de mala gestió, no permet jutjar l'adequació de les decisions a la voluntat i a les necessitats del pacient. Els informes que no han de fer referència a l'estat i als desitjos de la persona contenen una simple descripció de les decisions i dels seus resultats.
- (22) Aquestes xifres i les precisions que les segueixen es troben en una carta del *Lord Chancellor's Department*, del 12 de maig de 1983, adreçada al senyor Baron, que ha estat prou amable de fer-nos-la arribar.

- (23) BEAN (1986) cita estadístiques parcials que estudien 156 casos de *guardianship* a Anglaterra i al País de Gal·les durant els sis mesos que van seguir l'entrada en vigor de l'Act de 1983 (entre els quals hi ha 26 casos nous). Durant els sis mesos següents la xifra va ser de 177 (34 dels quals eren nous), amb un nombre més elevat, per tant, de respostes rebudes. Aquestes xifres representen únicament un lleuger augment en relació amb els anys immediatament anteriors. En efecte, GRUNN (1986) esmenta 130 casos l'any 1978, 172 casos l'any 1977 i 310 casos l'any 1966. UNSWORTH (1987, pàg. 322) assenyala: "*En la pràctica, l'actuació de les autoritats locals sobre la implicació dels recursos de la guardianship continua sent un factor més, i és encara únicament d'una importància marginal com a opció legal*".
- (24) L'ús del *trust* en el camp que estudiem és una pràctica habitual, comuna a tots els països de *common law*. Es tracta d'una transferència de la propietat a un tercer, el *trustee*, que està obligat a exercir els seus drets en funció d'una finalitat precisa, per exemple els interessos d'una persona considerada incapacitada per administrar el seu patrimoni. Sense que arribi a constituir mai una persona moral, en el sentit que té aquest terme en els sistemes de tradició romano-germànica, el *trust* pot protegir interessos col·lectius (en aquests casos té el paper d'una fundació). Els *trustees* són titulars, personalment, dels drets sobre els béns que han estat objecte de la creació d'un *trust*, però la seva gestió s'ha d'exercir d'acord amb l'objecte social instituït. Per a una anàlisi més detallada del *trust* vegeu WORTLEY (1962).
- (25) L'ús del mandat d'*attorney* en cas d'handicap psíquic o de malaltia psíquica ha estat facilitat per una reforma recent (*Enduring Powers of Attorney Act 1985*). Anteriorment, un mandat d'*attorney* caducava quan el mandant, a causa d'un trastorn mental, esdevia incapaç de consentir els actes realitzats pel seu mandatari. La reforma té com a efecte que el mandat es manté en vigor durant tota la durada de la incapacitat, mentre s'hi satisfacin diverses prescripcions. Cal que l'*attorney* tingui com a mínim 18 anys, no sigui una corporació i no hagi estat declarat en fallida. Quan es produeixi la incapacitat, l'*attorney* haurà de fer que la *Court of Protection* registri l'instrument que conté el mandat. El tribunal es pot atribuir alguns dels poders de l'*attorney*. Així mateix, pot rebutjar el registre per diversos motius (sol·licitud prematura, frau o presió, inadequació de l'*attorney*). Hi ha incompatibilitat entre l'existència d'un *receiver* i la d'un *attorney*. El tribunal, per tant, haurà de triar entre una de les opcions (pot fins i tot anul·lar el nomenament d'un *receiver* que hagi precedit la sol·licitud de registre). Durant tota la durada del mandat, el tribunal exerceix un poder de supervisió i pot suspendre'n el mandat en qualsevol moment per assumir-ne plenament les prerrogatives. Es garanteixen algunes mesures de publicitat envers altres possibles mandataris i els parents més propers (en principi, tres com a màxim, segons un ordre de prioritat lleugerament diferent del que hem indicat per a la determinació del *nearest relative*).

EL PROJECTE DE LLEI HOLANDÈS SOBRE EL MENTORSCHAP

ELS RÈGIMS ACTUALS

El sistema holandès actual comprèn dos estatuts per als discapacitats majors d'edat. La *curatele*¹ (art. 378 del BW - Codi Civil) és una mesura d'interdicció dels majors d'edat (als Països Baixos, la majoria d'edat, que era de 21 anys, ha estat reduïda a 18 anys a partir de l'1 de gener de 1988) a causa de trastorns mentals, prodigalitat o embriaguesa habitual. Es tracta d'una mesura "clàssica" d'interdicció. La persona protegida és, en principi, incapacitada per exercir el conjunt dels seus drets, patrimonials i personals (no pot, per exemple, exercir la pàtria potestat, reconèixer o legitimar fills, demanar el divorci, exercir els seus drets polítics, etc.). És una mesura extremadament dura, per a la qual únicament s'han previst alguns atenuants menors (possibilitat, amb l'acord del jutge cantonal, de casar-se, possibilitat de prendre un compromís vàlid per un contracte o amb un objectiu concret mitjançant l'autorització escrita prèvia del curador, possibilitat de disposar de quantitats de diners acordades pel curador amb vista al lleure de la persona afectada).

L'*onderbewindstelling*² (article 431-449 del Codi Civil), que va entrar en vigor l'1 de setembre de 1982, és una administració de béns de la persona protegida a causa del seu estat físic o psíquic. Aquesta mesura és estrictament patrimonial, i pot ser sol·licitada igualment quan la persona protegida encara és menor d'edat. El jutge cantonal determina en quina manera i sobre quina part del patrimoni o dels ingressos de la persona protegida s'aplica la mesura. La seva durada pot ser igualment limitada. La regla és, per tant, la capacitat jurídica plena de la persona protegida.

Contràriament als tutors, els administradors poden ser igualment persones morals.

L'administració havia estat concebuda com una mesura que permetés evitar la tutela en molts casos. A causa del seu procediment simple i poc

costós, hauria de ser el principal estatut de protecció tant de les persones internades en institucions de salut mental com de la gent gran que ja no és totalment responsable dels seus actes. El Ministeri de Justícia havia previst que l'any següent al de la seva entrada en vigor s'aplicaria a una població aproximada de 100.000 persones, i que després es podria preveure que cada any 10.000 persones es classifiquessin en aquest estatut.

La realitat és ben diferent. No hi ha hagut cap flux de sol·licituds arran de la seva entrada en vigor (426 casos durant el quart trimestre de 1982), i la quantitat anual de sol·licituds és d'unes tres o quatre mil.³

Podem donar diferents raons per explicar aquest ús relativament limitat d'un estatut flexible. D'una banda, no s'ha organitzat cap revisió automàtica dels règims tutelars anteriors. L'article 432 del Codi Civil es limita a indicar que el tutor pot presentar una sol·licitud d'administració, i que el jutge competent en matèria de tutela pot, en cas que aquesta mesura sigui aixecada, decidir d'ofici una administració. D'altra banda, l'article 431 del Codi Civil, que defineix el camp d'aplicació de la mesura, planteja certs problemes d'interpretació. El criteri és que l'adult que no estigui en condicions d'administrar els seus interessos patrimonials adequadament i completament. Aquest darrer terme (en neerlandès, *ten volle*) ha estat interpretat per una part de la jurisprudència en el sentit que en cas d'incapacitat general no se'n podria acordar l'administració. Segons aquesta interpretació, el "no... completament" es converteix en una obligació positiva, d'alguna manera, de poder-ne administrar parcialment el patrimoni.

Un veredict del Tribunal de Cassació holandès (*Hoge Raad*)⁴ ha rebutjat aquesta interpretació, en considerar que els treballs preparatoris de la llei l'han fet aplicable tant als casos de capacitat incompleta com als casos d'incapacitat completa en matèria patrimonial ("*hetzij niet ten volle, hetzij in het geheel niet*"). Per tant, en l'elecció de les mesures de protecció, la regla a seguir hauria de ser la de menor consideració als drets i a la llibertat.⁵ L'automatisme que faria correspondre la tutela als casos més greus i l'administració als casos que ho són menys s'ha trencat. Però si tenim en compte circumstàncies concretes podem considerar, paradoxalment, l'adopció de l'estatut més dur en els casos en què una deficiència mental de menor importància té com a efecte la multiplicació de les oportunitats de compromisos jurídics. Aquesta és l'opinió de la "Nederlandse Vereniging voor Autisme en verwante contactstoornissen",⁶ i retrobem aquesta tendència en la jurisprudència emesa després del veredict del *Hoge Raad* que acabem d'esmentar.⁷

EL PROJECTE DE *MENTORSCHAP*

Una part important de la doctrina holandesa considera que entre les disposicions extremament limitadores de la tutela i els efectes estrictament patrimonials de l'administració hi ha una llacuna que no permet regular de manera satisfactòria els actes jurídics no patrimonials de persones la salut mental o les capacitats intel·lectuals de les quals estan alterades.

Una primera proposició de reforma va ser presentada l'any 1939 per A. Querido. Es tractava d'aplicar la mesura de la "protecció" dels menors d'edat (article 254 i següents del Codi Civil) als malalts mentals. Consegüentment, es van elaborar diferents projectes, que van confluïr, l'any 1976, en una proposició única de crear la institució del *mentorschap*.⁹

Les associacions de defensa dels disminuïts psíquics han estat àmpliament consultades durant la realització del projecte.

Segons el que es desprèn dels treballs preparatoris de la Comissió sobre la posició jurídica dels disminuïts i malalts psíquics, el paper del *mentor* és, abans de res, aconsellar i assistir la persona protegida, fins i tot en la gestió del seu patrimoni. La seva capacitat jurídica es limitaria a decisions no patrimonials i variaria d'acord amb l'estat mental de la persona protegida.

La institució del *mentorschap* sembla imminent (el senyor Jansen, del Ministeri de Justícia, ens ha indicat que la llei serà promulgada probablement durant l'any 1988).¹⁰ El projecte de llei comprèn un article que crea una nova secció del Codi Civil (el títol 20: "*Mentorschap* per als majors d'edat"). Preveu, igualment, esmenes realitzades en altres seccions del Codi Civil, com també les regles de procediment que hi són aplicables.

ANÀLISI DE LES PRINCIPALS DISPOSICIONS

En la descripció del projecte, seguirem els articles d'aquest nou títol del Codi Civil.

L'article 450 defineix el camp d'aplicació del *mentorschap*: majors d'edat que, a causa del seu estat mental, no poden avaluar o poden avaluar amb dificultat els seus interessos de caire no patrimonial (la mesura pot ser instaurada per a menors d'edat, però només tindrà efecte en el moment de la majoria

d'edat; pot ser instaurada per a un futur, en el cas que es prevegi que l'estat mental de la persona afectada evolucionarà de manera que arribi a una situació en què necessitarà una mesura de protecció d'aquesta mena).

L'article 451 indica quines són les persones que poden prendre la iniciativa de fer-ne la sol·licitud: la persona afectada, el cònjuge o company, els seus parents fins al quart grau, el seu tutor o el seu administrador. La sol·licitud, la pot fer igualment el ministeri públic o les persones que explotin o dirigeixin una institució en què estigui internada la persona afectada. En aquest darrer cas, cal esmentar per què les persones abans indicades no n'han presentat la sol·licitud.

En cas de sol·licitud de tutela, el jutge pot decidir d'ofici l'adopció del *mentorschap*.

L'article 452 disposa que el mentor serà nomenat tan aviat com sigui possible; que, en cas de necessitat, serà designat un mentor provisional; que si ja ha estat instituït un administrador, serà nomenat mentor preferentment, amb la condició que es tracti d'una persona física.

L'article 453 és el més important. Defineix les obligacions del mentor. És per això que el traduïm íntegrament:

*"1. En la mesura en què la llei no ho disposi altrament, la persona afectada, durant la durada del mentorschap, és incapacitada per complir els actes jurídics en les matèries relatives al guariment i al tractament."*¹¹

"2. Per als actes jurídics esmentats en el paràgraf 1, el mentor representa la persona afectada de dret i de fet. El mentor pot donar la seva autorització a la persona afectada perquè ella mateixa dugui a terme aquests actes jurídics."

"3. En la mesura en què la persona afectada pugui fer-se una avaluació raonable dels seus interessos en joc, és capaç de dur a terme actes jurídics com els que considera el paràgraf 1, i el mentor no actuarà com a representant sense el consentiment de la persona afectada."

"4. Pel que fa a fets no jurídics relatius a les matèries esmentades en el paràgraf 1, el mentor actuarà en el lloc de la persona afectada, mentre la natura de l'acte així ho permeti, llevat que la persona afectada pugui fer una avaluació raonable dels seus interessos encausats."

"5. El mentor donarà la seva opinió a la persona afectada en les matèries que no siguin de caire patrimonial, i vetllarà pels seus interessos".

L'article 454 disposa que el mentor haurà de fer participar la persona afectada tant com sigui possible en el compliment de les seves tasques, i que és responsable davant d'ella dels seus possibles errors.

La persona afectada és responsable dels deutes que s'originin per l'activitat del mentor (article 425).

Abans de procedir a actes jurídics, el mentor pot fer validar la seva decisió (el text neerlandès utilitza l'expressió "*zijner verantwoording doen machtigen*") per la persona afectada o bé pel jutge cantonal, si la primera no està en disposició de fer-ho o s'hi nega (article 456).

Un acte jurídic realitzat en contradicció amb l'article 453 és anul·lable, però es protegeix els tercers que actuen de bona fe (article 457).

L'article 458 regula el cas de situacions "mixtes", en què un acte no patrimonial esmentat en l'article 453, paràgraf 1, pot incloure béns sota administració. En aquest cas, i en la hipòtesi en què l'administrador i el mentor no són la mateixa persona (recordem que l'article 452 indica que es designarà preferentment l'administrador com a mentor, només si es tracta d'una persona física), el mentor serà l'únic representant competent, i els seus actes poden tenir, per tant, conseqüències patrimonials.

El mentor presenta un informe sobre les seves activitats al jutge cantonal, si aquest li ho demana. Si s'escau, ha de comparèixer o donar totes les informacions sol·licitades. Al final de la seva activitat, ha de presentar un informe escrit (article 459). El mentor pot imputar a la persona afectada les despeses necessàries per al compliment de la seva tasca. El jutge pot, si ho considera raonable, atribuir un salari al mentor a càrrec de la persona afectada.

Els articles 461 i 462 indiquen com finalitzen les tasques del mentor i la institució del *mentorschap*.

L'article 453 procedeix a una articulació particularment complexa de les competències respectives del mentor i de la persona protegida. El paràgraf 1 n'indica la regla fonamental: el mentor és competent per a tots els actes relacionats amb el guariment i el tractament.

Una publicació oficial¹² i una entrevista amb el senyor Janssen —un dels principals artífexs de la reforma— confirmen que es tracta d'una capacitat molt estesa que afecta tots els actes (tant de dret com de fet) en matèries relatives a les cures i al tractament. Aquestes matèries poden ser compreses

en un sentit ampli, i fins i tot en la seva fase preparatòria o introductòria. Aquesta capacitat de representació és general. Pot, igualment, menar a tractaments forçats, fins i tot irreversibles.¹³ En aquests casos, evidentment, es demana la circumspècció més estricta del mentor i dels possibles tercers. El paràgraf 2 fa referència a l'autorització d'actuar que el mentor pot atorgar a la persona afectada.

Els comentaris del Ministeri de Justícia indiquen que es tracta, d'alguna manera, d'una mesura pedagògica relativa a qüestions menors, fins i tot en el cas en què la persona afectada no tingui una consciència total i perfecta de l'abast de les seves decisions. Se'l prepara, d'alguna manera, per "reintegrar-se en la societat" (*"terugkeer in de maatschappij"*).

El paràgraf 3 constitueix una excepció, fruit d'una doble preocupació: reconèixer la part de capacitat de decisió autònoma que subsisteixi i assegurar la protecció de tercers que actuïn de bona fe. El problema que s'hi planteja és, evidentment, el del repartiment de competències. Els comentaris oficials indiquen que els criteris del mentor hi estan determinants: *"En primera instància, el mentor es formarà una opinió pel que fa al cas; coneix, efectivament, per la seva tasca, la persona afectada i les capacitats mentals que hi subsisteixen, i haurà de procedir en una situació concreta tenint en compte, tant com sigui possible, aquesta capacitat subsistent. El tercer que tracti amb la persona afectada haurà de jutjar per ell mateix, en alguns casos, si aquesta persona pot fer una avaluació raonable dels seus interessos en joc"* (*Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen*, pàg. 34).

Els exemples que dona el Ministeri de Justícia per il·lustrar el paràgraf 4 sobre fets que no siguin actes jurídics demostren prou bé l'àmplia acceptació de la noció de guariment i tractament: es tracta de l'examen d'un dossier mèdic, de l'elecció d'un règim alimentari, de la determinació d'un lloc de vigilància, etc.

Finalment, el paràgraf 5 s'aplica a actes no patrimonials que no afecten les cures i el tractament. Els consells del mentor poden portar a decisions eminentment personals, com ara un procediment de divorci o el reconeixement d'un fill.

Podríem proposar, de manera sintètica, el quadre següent:

	<i>Curatele</i>	<i>Bewindvoering</i>	<i>Mentorschap</i>
Autoritat sobre els béns i ingressos	Sí	Sí (totalment o parcialment)	No
Autoritat sobre els actes personals pels quals es pot concebre una representació	Sí	No	Sí (dins els límits d'una definició prou àmplia de les cures i del tractament)
La persona protegida conserva la seva capacitat jurídica "residual"	No	Sí	Sí
Qui en pot ser el representant?	Persona física	Persona física o moral	Persona física
Compatibilitat	Exclou qualsevol altre estatut de protecció	La <i>bewindvoering</i> i la <i>mentorschap</i> es poden combinar	

CONCLUSIONS

El sistema que el projecte de reforma holandès reflecteix és complet i coherent quant al fet que disposa clarament regles que determinen els camps respectius d'una tutela personal i d'una tutela patrimonial. La prioritat que es concedeix a l'interès personal sobre els béns (article 458) i el manteniment d'una capacitat jurídica total en el seu principi són elements apreciables que donen prioritat al benestar i a la dignitat de la persona. En canvi, ens podem preguntar sobre la feblesa del control jurisdiccional: el jutge intervé, en una primera etapa, per decidir l'establiment d'una persona sota l'estatut de *mentorschap* i per designar un mentor. Pot sol·licitar, durant el mandat, un informe de les activitats, fer comparèixer el mentor, obtenir-ne qualsevol informació complementària. Pot, finalment, fer finalitzar el *mentorschap* o el mandat del

mentor i substituir-lo per algun altre. Però no hi intervé directament ni per controlar el repartiment de competències que resulta de l'article 453 ni per solucionar un possible conflicte entre el mentor i la persona afectada. El seu únic argument és la possibilitat de destitució del mentor (i, és clar, la possible responsabilitat civil o penal en què incorri aquest darrer en cas de falta o delictes). Es tracta d'arguments extrems que només es faran valer en cas de crisi greu o d'abús manifest. La voluntat de crear un sistema flexible i eficaç té l'objectiu de privar la institució de qualsevol instància de control ordinària, ja sigui familiar, administratiu o judicial. Aquesta situació no és exclosa de perill: tot reposa sobre l'avaluació que farà el mentor dels interessos personals de la persona protegida i de la seva capacitat de representar-los. Es corre el risc que aquests dos criteris es confonguin: una persona que rebutgi una mesura que el mentor consideri indispensable serà conceptuada, lògicament, com una persona que no arriba a avaluar de manera raonable el seu propi interès.

NOTES

- (1) Per a una descripció detallada, vegeu BLANKMAN (1983). En la resta d'aquest capítol, traduirem *curatele* per tutela i *curator* per tutor.
- (2) Vegeu JANSEN (1983).
- (3) Xifres esmentades en *Mentorschap...* (1987), pàg. 25. Les estadístiques relatives a la tutela se situen al voltant de 1.500 a 2.000 casos anuals entre 1978 i 1982 (BLANKMAN, 1983, pàg. 106-107).
- (4) *Hoge Raad*, 1 de juliol de 1983, amb les conclusions del Procurador General Berger i una nota signada EAAL, dins *Nederlandse Jurisprudentie*, 1984, núm. 181, pàg. 706 i següents.
- (5) Carta que ens ha adreçat K. Blankman el 10 de desembre de 1987.
- (6) Resposta de l'NVA al nostre qüestionari (17 de febrer de 1988). Aquesta resposta conté el fragment següent: "*En cas de deficiència psíquica mental menys greu que no pugui ser coneguda per tercers, es preferirà la tutela, que és la mesura greu. Es pot sol·licitar al jutge, a lliure elecció, una tutela o una administració. La gravetat de la deficiència no té aquí cap consideració*".
- (7) Vegeu la crònica de jurisprudència de K. Blakman dins *Tijdschrift voor familie - en jeugdrecht*, nov. 1987, pàg. 220 i següents i, concretament, vegeu el veredictes esmentat del *Hoge Raad* del 7 de novembre de 1986, que cassa un veredictes del Tribunal d'Apel·lació d'Amsterdam. Es tracta d'una persona que havia sol·licitat i obtingut del tribunal d'Amsterdam l'aixecament de la tutela i la seva transformació en una administració temporal dels seus béns. El seu germà i antic tutor va fer una interpel·lació a la sentència, interpel·lació que va ser denegada pel Tribunal d'Apel·lació d'Amsterdam, que va confirmar que no tenia les condicions per justificar la tutela. El *Hoge Raad* va cassar les decisions anteriors i va consagrar, així, una concepció en què els riscos que corren els tercers (en aquest cas, la família) en els casos d'una autonomia més gran de la persona poden justificar la tutela o el manteniment d'aquesta.
- (8) Trobem, tanmateix, opinions contràries, favorables al manteniment de la tutela com a eix del sistema de representació i de protecció. Vegeu les posicions de G.A.T. Wind en la jornada d'estudi dedicada als malalts i disminuïts psíquics per la Universitat Lliure d'Amsterdam el 16 de desembre de 1987.
- (9) Tot i que la terminologia sigui idèntica, subratllem que aquest estatut és molt diferent del que vol introduir una proposició de llei en la legislació belga. En la proposició belga, la mesura no comporta per ella mateixa cap incapacitat (art. 515 bis), i el mentor únicament podrà aconsellar o assistir la persona, sense que tingui més drets o responsabilitats que els que tenen els pares d'un major d'edat. En cas de conflicte entre la voluntat de la persona "assistida" i l'opinió del mentor, l'article 515 sisè preveu: "*Si el major d'edat no es conforma amb les opinions del mentor podrà, per instància, sol·licitar al tribunal que prengui totes les mesures oportunes per tal d'assegurar la protecció de la persona o dels béns de l'interessat*".

- (10) Algunes observacions a la jornada d'estudi del 16 de desembre de 1987, esmentada en la nota 8, fan palesa una certa resistència al projecte de *mentorschap*. Les **objec-**cions que s'hi van alçar són generalment d'inspiració conservadora, i consideren que el mentor tindrà únicament poders molt limitats. El to, el va donar una interpretació sorprenent del professor Schnabel, que veu el *mentorschap* com una mesura convenient per a les persones afectades de SIDA i per als estrangers que es troben en hospitals psiquiàtrics.
- (11) El text neerlandès comprèn les paraules "*verzorging, verpleging en behandeling*". El primer correspon a les cures en general (incloent-hi, per exemple, una psicoteràpia); el segon, als guariments mèdics; el tercer, a la idea general del tractament. Podríem, per tant, si volem conservar una definició triple, proposar la traducció, per a les accions de què tractem, de "fer-se càrrec", "guarir" i "tractar", respectivament.
- (12) MINISTERIE VAN JUSTITIE - MINISTERIE VAN WELZIJN, "*Volksgezondheid en cultuur*", *Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (voorontwerp van wet)*, juliol de 1987.
- (13) Amb la reserva que si hi ha lleis particulars que ho disposin altrament el mentor hi deixarà de ser competent. Així, no podrà presentar una sol·licitud d'entrada voluntària en un establiment psiquiàtric. En canvi, se'n podria acceptar una sol·licitud d'esterilització.

INFORME COMPLEMENTARI
EL DRET DE LES PERSONES
DISMINUÏDES ALS ESTATS UNITS
D'AMÈRICA

INTRODUCCIÓ

L'interès que presenta l'estudi de la situació jurídica dels disminuïts als Estats Units prové del fet que proporciona un punt de suport exterior a partir del qual és possible plantejar exigències jurídiques difícils de formular en el marc d'altres ordenaments jurídics que, per la seva coherència interna, especialment per la distribució que efectuen entre els diferents àmbits del dret, amorteixen considerablement la força que poden exercir uns valors ètics sobre el replantejament de l'estatut d'una minoria sotmesa a una discriminació.

És revelador que la doctrina americana s'hagi interessat pel dret dels disminuïts i, en particular, pel dret dels disminuïts psíquics, i que d'aquesta manera hagi creat un nou àmbit d'estudi molt rarament analitzat per la doctrina europea.¹ Evidentment, la doctrina americana ha delimitat, en el si del dret civil, un objecte específic: el dret dels discapacitats majors d'edat. D'altra banda, en aquest àmbit enorme, de límits indefinits, que constitueixen els drets econòmics i socials, trobem una bibliografia abundant sobre el dret dels disminuïts, entès com el dret a un conjunt de prestacions en els àmbits de la sanitat, l'educació, el treball, la seguretat social i l'ajut social. No és freqüent que es faci referència als drets de l'home per manifestar, pel que fa a situacions determinades, que els disminuïts psíquics no poden ser privats d'uns certs drets fonamentals.²

El dret americà dels disminuïts va més enllà d'aquestes diferents categories. El seu punt de vista, ja reflectit en els treballs del *President's Panel on Mental Retardation*,³ combina el reconeixement dels drets fonamentals de totes les persones —i el disminuït psíquic no pot justificar una excepció a aquest principi— amb la creació de drets subjectius, en el cas dels disminuïts, que permeten exigir no solament als poders públics sinó també —si bé en menys mesura— als particulars una acció constant i eficaç l'objectiu de la qual sigui compensar els factors de desigualtat, una acció sense la qual el reconeixement dels drets fonamentals corre el risc de quedar limitat.

Cal que aquesta formulació sigui matisada i verificada en el sentit que el dret americà dels disminuïts és només parcialment el dret positiu en vigor als Estats Units. En alguns aspectes, es queda a l'estadi de la revisió crítica del dret existent, i els progressos més audaçs de la jurisprudència podrien quedar sense continuació. Alguns dels seus enunciacions, sobretot quan topen amb les dispo-

sicions de les lleis en vigor als estats, podrien no tenir mai una acceptació en el dret tal com és aplicat. D'altra banda, però, cal destacar que el dret dels disminuïts ha estat formulat i sancionat per una jurisprudència abundant, per un cert nombre d'instruments legislatius federals, per disposicions de l'executiu i per la revisió —acomplerta desigualment— del dret de cada estat. Una de les seves característiques és l'èmfasi que s'ha posat sobre l'efectivitat, sobre l'exigibilitat real de drets subjectius i, a partir d'això, sobre les fórmules de procediment que permeten satisfer aquests objectius: *class actions*, *advocacy*, poders molt amplis dels tribunals federals per trobar *remedies* a les situacions sancionades.

Històricament, el dret americà dels disminuïts va anar sorgint a partir del començament dels anys 60, i va conèixer una fase d'acceleració i d'extensió en tots els àmbits durant els anys 70. Aquest impuls sembla que s'ha anat frenant durant els darrers anys a causa de la influència de diversos factors, alguns d'interns, com ara la fragilitat del consens a l'entorn de la noció d'integració social,⁴ i altres d'externs, com ara la recuperació de la ideologia liberal tradicional, la crisi econòmica i la voluntat de desvincular parcialment els poders públics d'allò que es coneix als Estats Units amb l'àmplia noció de "serveis humans".⁵

El seu sorgiment va estar estretament vinculat a la dinàmica igualitària oberta pel moviment a favor dels drets civils de la minoria negra. No és possible deixar de sorprendre's pel paral·lelisme remarcable de les tècniques jurídiques que es van posar en marxa: interpretació àmplia de l'esmena XIV⁶ per part de les jurisdiccions federals; processos col·lectius conduïts amb empena per les organitzacions de defensa dels disminuïts que combinaven el reconeixement dels drets fonamentals, les injuncions judicials detallades que imposaven el respecte de les normes als estats i la utilització dels tribunals federals com a fòrums de denúncia i l'acció legislativa del Congrés, que recorrerà al mateix llenguatge i als mateixos mecanismes que en la legislació sobre els drets civils apareguda durant els anys 60. Un factor més conjuntural va ser, durant la segona meitat dels anys 70, el nexa entre el moviment dels disminuïts i el moviment dels veterans de la guerra de Vietnam.⁷

Una de les condicions subjectives essencials del moviment dels disminuïts ha estat la presa de consciència que l'*handicap* és una categoria històrica i social que permet comprendre la situació dels disminuïts en termes de minoria discriminada.⁸

Hahn⁹ demostra la importància d'aquesta formulació, tant per les seves conseqüències pràctiques (desenvolupament d'un moviment dels disminuïts que sobrepassa les barreres de categoria, exigència d'accions compensatòries) com

teòriques (revisió de les categories tradicionals de les ciències socials, perspectiva multidisciplinària que dona una nova dimensió a l'anàlisi de les limitacions funcionals i fa ressaltar la importància de la percepció per part dels altres). Aquest moment subjectiu és fonamental, ja que suggereix que és il·lusori separar els drets de l'afirmació de la dignitat. Només en la mesura en què les persones disminuïdes arribin a desenvolupar un sentit d'identitat positiu en la dialèctica entre la consciència d'elles mateixes i la percepció per part dels altres la definició dels drets sobrepassarà l'estadi d'un proteccionisme més o menys condescendent.

La situació jurídica dels disminuïts als Estats Units al començament dels anys seixanta no era gaire diferent de la que predominava aleshores als altres països, si no és —en un sentit negatiu— per l'escassa cobertura que oferia la seguretat social. Hi ha, d'una banda, una àmplia gamma de mesures legislatives preses a cada estat que poden limitar considerablement els drets dels disminuïts psíquics: les lleis que organitzen la *guardianship* i el *civil commitment* (internament obligatori en una institució) tenen conseqüències molt estrictes (en molts estats, prohibició de casar-se, privació dels drets polítics, incapacitats que afecten la majoria dels actes jurídics). De vegades es troben agreujades per disposicions eugèniques.¹⁰ Una part important de la població afectada és "institucionalitzada" en condicions que són sovint inhumanes.

Les regles de procediment normalment són breus i no atorguen més que una atenció limitada als drets de la persona l'estatut de la qual volen regular. En l'àmbit social, alguns programes federals permeten que els disminuïts es beneficiïn de prestacions determinades. Es tracta principalment de la *Workers' Compensation*, la *Social Security Disability Insurance*, el *Supplemented Security Income* i el *Benefit for Disabled Veterans*.¹¹

Les transformacions s'han dut a terme a partir d'un impuls doble: el dels recursos judicials i el de la legislació federal.

Els límits d'aquest treball no permeten tractar tots els aspectes d'aquest nou dret dels disminuïts. Ens conformarem amb estudiar-ne cinc punts essencials:

- I. L'afer *Wyatt* i la desinstitucionalització.
- II. La *Rehabilitation Act* de 1973.
- III. L'extensió del dret a l'educació.
- IV. La redefinició dels estatuts de protecció (*civil commitment* i *guardianship*).
- V. La protecció dels drets fonamentals i l'*advocacy*.

NOTES

- (1) Per doctrina europea, aquí entenem sobretot la dels sistemes romano-germànics. Però la reticència a definir un dret per als disminuïts es manifesta igualment, per altres raons, en el dret anglès. Tanmateix, caldria matisar aquesta afirmació. En els ordenaments jurídics escandinaus, segons el que els límits d'aquesta recerca ens han permès constatar, l'afirmació del principi de normalització sembla haver permès una refosa del dret, pràcticament sense passar per l'estadi d'una formulació jurídica de drets col·lectius comparable a la que es va efectuar als Estats Units. D'altra banda, hem de destacar la voluntat d'una perspectiva global de la relació entre el dret i els disminuïts que apareix en algunes investigacions recents fetes a França (col·loqui "Handicap i dret", organitzat per l'ADEP el novembre de 1983).
- (2) Així, la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans sanciona les mesures privatives de llibertat adoptades a causa de problemes psíquics quan aquestes mesures no presentin les garanties fonamentals que preveu l'article 5 de la Convenció Europea dels Drets Humans (sentència Winterwerp). Igualment, l'absència de recurs judicial en cas de relacions sexuals a les quals hagi estat sotmesa una jove disminuïda psíquica internada en una institució ha estat censurada per l'*afer X i Y v. Països Baixos*, 26 de març de 1985, Sèrie A, núm. 91.
- (3) Aquest equip va ser nomenat pel president Kennedy el 17 d'octubre de 1961. Sobre els seus primers treballs jurídics, vegeu BAZELON, D. i BOGGS, E. (1963).
- (4) HAHN (1985). Ens sembla que el fragment d'aquest estudi que transcrivim a continuació és essencial: *"Possiblement, la conseqüència més important del sorgiment del moviment per als drets dels discapacitats, tanmateix, va ser l'àmplia acceptació per part de disminuïts de la percepció que eren, de fet, membres d'una minoria. El desenvolupament inicial d'aquest concepte es basava probablement en una analogia amb altres minories que havien format moviments polítics i socials durant els anys seixanta. Malgrat que les estadístiques es feien difícils per problemes de definició, hi havia prou raons per donar suport a aquesta formulació del problema. Les conseqüències de formar part d'un grup minoritari eren molt diverses. La població amb minusvalideses tenia l'índex més alt d'atur forçós i un dels nivells més elevats de dependència de la seguretat social. La immensa majoria dels disminuïts vivien en la pobresa. Molts d'ells havien estat sotmesos a una estricta segregació en l'educació, el transport públic, habitatge i altres aspectes de la vida quotidiana. Fins i tot les anomenades "barreres arquitectòniques" i l'internament afavoreixen la relació entre els disminuïts i altres segments de la població, pel que fa als serveis públics. Altres problemes persistents, com ara la inaccessibilitat al dret de vot i l'exclusió de molts disminuïts en els jurats, tenien una forta semblança amb els obstacles que havien hagut de superar altres sectors per assolir els drets a la plena ciutadania. De fet, la llista de paral·lelismes sembla no tenir final. Les persones discapacitades van haver de suportar els mateixos problemes quant a la presumpció d'inferioritat biològica, estereotips, estigmatització, prejudici, segregació i discriminació que afectaven altres minories, com també per acceptar la designació de grup minoritari. En gran part, la popularitat del moviment dels disminuïts, que es va iniciar als anys setanta, la podem atribuir sens dubte a la voluntat d'assolir aquesta fita"* (pàg. 300-301).

- (5) ROOS (1979) demostra que en la lluita contra les formes de segregació arcaiques i brutals s'han pogut al·legar alguns principis de manera eficaç, com ara el model de desenvolupament (no hi ha cap deficiència que comporti una disminució absoluta), el principi de normalització, la individualització de les mesures, l'autonomia en la seva aplicació (*self-actualization*). Però la unanimitat aparent entorn d'aquests criteris s'esmicola. La integració social es pot entendre de manera molt diferent, com un procés que posa l'èmfasi en diferents factors: l'autonomia, la productivitat, els esforços intel·lectuals, la satisfacció dels desigs. Es plantegen dilemes diversos, i veiem com s'afronten de manera imprevista exigències contradictòries (la definició de la competència, el problema del rebuig del tractament, el paper de la recerca experimental, qüestions ètiques plantejades per la procreació, el parentiu i l'esterilització). L'autor subratlla que, un cop s'hagi assegurat una base de drets fonamentals, les respostes jurídiques directes no podran regir, sense cap mediació, en àmbits on l'ètica, la política i l'economia són difícils de destriar.
- (6) Allan ROCHER presenta un panorama relativament pessimista de les perspectives del dret dels disminuïts a "The changing content of the human services movement" (dins NLG, pàg. 13 i següents).
- (7) L'esmena XIV, adoptada el juliol de 1868, forma part de les tres *Civil War Amendments*, adreçades a posar fi al sistema esclavista en vigor al sud dels Estats Units. Aquesta esmena conté la formulació de dos principis constitucionals fonamentals: el *due process* ("Cap estat... no pot privar cap persona de la seva vida, de la seva llibertat o dels seus béns sense un procediment legal suficient") i el de l'*equal protection* ("Cap estat... no pot negar a cap persona que es trobi dins els seus límits jurisdiccional la protecció de les lleis, igual per a tothom"). Durant molt temps, la interpretació de l'*equal protection* en limitava considerablement l'abast per una triple reserva. Aquest principi només permetia sancionar l'acció dels estats (i no les altres mesures discriminatòries) en l'única mesura en què aquesta acció afectava de manera no racional els drets fonamentals de la minoria negra. Sota la presidència del jutge Warren (1953-1963), el Tribunal Suprem va emprendre la tasca de fer saltar la majoria dels entrebancs que havia anat posant la jurisprudència anterior.
- (8) "Stigmat - Les usages sociaux du handicap", de Goffman, constitueix sens dubte la primera elaboració sistemàtica d'aquesta anàlisi. El llibre de KLEINFELD (1979), *The hidden minority*, descriu aquesta presa de consciència sovint de manera emocionant, amb les tècniques del reportatge.
- (9) La relació entre el moviment dels disminuïts i el dels veterans de la guerra de Vietnam és recollida a NORTHROP (1980). Aquesta relació es desprèn clarament de la lectura de la premsa arran del moviment dels disminuïts de 1977.

- (10) Només a l'estat de Virgínia, més de 7.500 persones confiades a institucions de salut psíquica van ser esterilitzades entre els anys 1924 i 1974, en el marc d'un programa adreçat a eliminar les "plagues socials" (xifra esmentada per HERR (1980, pàg. 51). L'estudi de DUNN (1976) esmenta també 24 Estats que preveuen l'esterilització amb finalitats eugenèsiques. Les categories que es preveuen es defineixen de manera vaga. En alguns casos, no s'hi exigeix el consentiment de la persona o del seu tutor. Tanmateix, la jurisprudència sembla cada vegada més reticent a reconèixer la constitucionalitat de les lleis sobre l'esterilització (*Ruby v. Massey*, 452 F. Supp. 361, D. Conn. 1978).

El treball de SCOTT (1986) defensa un punt de vista que ens sembla perillós: oposa l'interès de les famílies i la seva vocació natural a substituir la seva voluntat per la de les persones no autònomes que en depenen a la intervenció de la justícia, qualificada de paternalista, que tendeix a rebutjar l'esterilització de persones que no hi poden expressar el seu consentiment.

- (11) Per a l'examen d'aquests diferents instruments, vegeu ERLANGER i ROTH (1985). BOLDERSON (1985) analitza les conseqüències de les polítiques d'austeritat sobre les mesures de seguretat social que beneficien les persones disminuïdes. Indica que l'establiment d'un procediment més sever per part de la Social Security Administration l'any 1980 ha causat l'exclusió de més de 300.000 persones dels beneficis derivats d'aquestes mesures. L'any 1984, el Congrés va intervenir per restablir les garanties de procediment essencials per tal de protegir els drets dels disminuïts. Sobre aquest tema, consulteu també CHAMBERS (1985) i GLUCK MEZEY (1986). Una sentència recent del Tribunal Suprem (*Bowen v. City of New York*, 476 US -, 90 L. Ed. 2d. 462, 106 S. Ct., núm. 84-1923) recull aquesta mateixa inquietud. Critica les regles administratives internes que no havien estat objecte de cap publicitat i que pretenien excloure, sense una base legal suficient, un cert nombre de beneficiaris potencials de les mesures a favor dels disminuïts.

CAPÍTOL I

L'AFER WYATT I LA DESINSTITUCIONALITZACIÓ

L'afer Wyatt¹ és fonamental en molts aspectes. Va contribuir a afermar el fet que l'esmena XIV constituïa la base constitucional d'un dret al tractament per a les persones disminuïdes psíquiques. Aquest dret al tractament ha estat estès i s'ha concretat molt per la definició de 49 *standards* que s'imposen a les institucions. A més, pel que fa al procediment, es va destacar per l'amplitud inhabitual d'una *class action*² pel reconeixement molt estès d'una representació col·lectiva assegurada per associacions per als disminuïts psíquics i per l'elaboració de mecanismes originals de control que permetien que els tribunals federals controlessin l'aplicació de les seves sentències.

L'afer va començar com un conflicte de treball presentat davant un tribunal federal: l'acomiadament col·lectiu de 99 treballadors de l'hospital psiquiàtric Bryce per part de l'estat d'Alabama. Els demandants van remarcar, a títol secundari, el risc que corrien els aproximadament 5.000 pacients de la seva institució, ja que arran d'aquesta reducció dràstica del personal no podrien rebre un tractament adient. El jutge Johnson va declarar que si un tribunal de l'estat podia concedir danys i perjudicis compensatoris al personal acomiadat la competència del tribunal federal justificava un examen profundit del tractament de les persones internades si no hi havia prou personal. La denúncia inicial va ser modificada perquè es declarés el dret constitucional dels pacients a beneficiar-se d'un tractament adequat i d'un personal competent. El tribunal va ampliar l'afer a les tres institucions psiquiàtriques d'Alabama (atès que es tractava d'una acció col·lectiva, era competència del tribunal ampliar el grup representat) i va indicar les tres exigències essencials per a un tractament efectiu:

- un ambient humà tant físicament com psicològicament;
- un equip qualificat i prou nombrós per proporcionar un tractament adequat, i
- programes de tractament individual.

Davant les reticències de l'estat d'Alabama a obeir la sentència del Tribunal, es van posar en marxa tres mecanismes essencials:

1. Una representació col·lectiva del grup els drets fonamentals del qual estaven encausats per la compareixença en tant que *amici curiae* de diferents associacions.³

Quan va apel·lar, el governador Wallace va formular l'objecció que una denúncia que provengués de les persones internades no era admissible perquè els seus familiars constituïen el client real de les institucions, que els descarregaven del pes i de la responsabilitat de les persones internades. El jutge Wisdom va indicar que amb l'eventual consentiment de les famílies no n'hi havia prou per privar les persones internades dels seus interessos personals més importants i dels seus drets fonamentals.

2. L'elaboració de criteris (*standards*) que precisessin els límits de la protecció dels drets fonamentals i que definissin les normes mínimes d'habilitació per a les institucions de salut psíquica.

Aquests criteris van ser elaborats després que el Tribunal hagués ordenat que l'*Alabama Mental Health Board* presentés, en un termini de sis mesos, un informe que definís les normes mínimes i que indiqués quins progressos s'havien efectuat en la seva aplicació. Davant el fracàs d'aquest procediment, el Tribunal va ordenar **que es fessin** audicions per tal de permetre que les parts i els *amici curiae* proposessin els seus criteris. La majoria de les normes adoptades van ser les que van presentar les associacions que asseguraven una defensa col·lectiva dels disminuïts. La seva orientació bàsica era l'afirmació del dret a dur una vida tan normal com fos possible, en estructures integrades a la comunitat, i a beneficiar-se d'un pla individual de readaptació o de tractament. El criteri 3c de la sentència Wyatt indica explícitament que: "*Les persones internades tindran dret a les condicions mínimament restrictives, necessàries per assolir els objectius de la readaptació ('habilitació'). Amb aquesta finalitat, la institució haurà de procurar que les persones passin:*

1. *de condicions de vida més estructurades cap a condicions menys estructurades;*
2. *d'establiments més grans a establiments més petits;*
3. *d'unitats de vida més grans a unitats més petites;*
4. *de residències en grup a residències individuals;*
5. *d'una segregació a una integració en la vida comunitària;*
6. *d'un mode de vida dependent a un mode de vida independent."*⁴

Aquests criteris són essencials per comprendre el vincle que hi ha entre el reconeixement del dret al tractament i la desinstitucionalització. Si el dret al tractament no implica evidentment una obligació de resultat, tampoc no serveix per assegurar un control sobre els llocs i els mitjans aplicats que no siguin deixats a la discreció del cos mèdic o de les autoritats de l'estat.

Hi ha diversos principis de protecció dels drets fonamentals (*due process, equal protection, less restrictive means*)⁵ que d'aquesta manera troben la confirmació que la seva eficàcia plena és inseparable de la seva interacció.

3. Per vetllar per l'aplicació d'aquestes normes, es va designar un Comitè dels Drets de l'Home (HRC) a cadascuna de les tres institucions afectades, per tal que actuessin com els "ulls i les orelles" del Tribunal en la protecció dels drets fonamentals de les persones internades.

La composició de l'HRC de Partlow és reveladora de la voluntat de no acceptar una "autoregulació" de les institucions mèdiques o psiquiàtriques. Tots els membres, d'una manera o d'una altra, havien estat actius en les organitzacions de salut psíquica, però cap d'ells no estava ocupat professionalment en aquest sector. Cal destacar-hi la presència de tres pares de nens internats, i també hi havia una representació reservada a un pacient o ex-pacient de la institució en qüestió. La funció d'aquest darrer sovint va ser decisiva per obtenir informacions que només podia fornir algú que conegués la institució des de "dins".

Aquests comitès tenien uns poders molt amplis: controlar les propostes d'investigació i els programes de readaptació per assegurar la dignitat i els drets humans dels pacients; aconsellar i assistir els pacients que declaraven que els seus drets no havien estat respectats o que l'administració de la sanitat psíquica no havia complert les directrius judicials; decidir discrecionalment si calia consultar experts independents que els defensors haurien de retribuir.⁶ Aquesta numeració, però, no era limitativa. Els HRC, dins els límits del que és raonable, havien estat autoritzats a interposar les demandes que fossin necessàries per a la seva missió.⁷

Una carta del jutge Johnson al doctor McCafferty (president de l'HRC de Seacy)⁸ precisava el poder d'investigació dels HRC: accés lliure als arxius; inspeccions regulars; una comunicació lliure i fàcil amb els pacients, el personal i l'administració; la protecció dels membres del personal contra qualsevol represàlia en cas que informessin els HRC.

Quan les relacions entre l'HRC de Partlow i les autoritats es van deteriorar, l'HRC va obtenir la col.laboració del *United State Attorney* local,⁹ que va fer

una crida a l'FBI per tal de facilitar les investigacions de l'HRC. Els HRC van fer una utilització àmplia dels seus poders d'investigació. El seu funcionament partia del model d'una institució judicial, i adreçaven informes al Tribunal amb regularitat. A més, envoltaven el seu treball de molta publicitat.

FONAMENT CONSTITUCIONAL INCERT DE LA DESINSTITUCIONALITZACIÓ

Després de l'afer Wyatt, l'evolució del dret dels disminuïts es mesurarà per una sèrie d'afers importants¹⁰ les repercussions dels quals contribuiran considerablement a replantejar les consideracions culturals i polítiques del fenomen de la disminució psíquica. Aquests afers afecten generalment les institucions amb un excés de pacients, les quals —per les seves dimensions mateixes— sembla que tendeixen a prescindir d'un tractament personal i d'una garantia eficaç dels drets de les persones que hi són internades.¹¹

Una tendència significativa de la jurisprudència ha estat evitar l'enfrontament directe amb les institucions i les autoritats dels estats implicats, per tal d'arribar a solucions consensuades. La desinstitucionalització es pot veure greument buidada del seu contingut alliberador si és aplicada amb mala voluntat per les autoritats corresponents.¹² Herr¹³ recull que, en una desena d'estats, aquesta actuació negociada ha garantit eficaçment el dret a un entorn mínimament restrictiu. Aquest autor considera que d'aquesta manera s'ha pogut reduir el risc d'una intransigència legislativa adreçada contra les sentències judicials, i que igualment ha estat possible eludir el problema —sempre sensible— del federalisme.

Sobre aquest fons, cal destacar que si la jurisprudència tendeix clarament a afirmar el dret al tractament i el dret a un entorn mínimament restrictiu, els fonaments d'aquests drets no són establerts de manera unívoca.¹⁴ Hi ha tres camins possibles: fer-los derivar dels principis d'*equal protection* i de *due process*; fonamentar-los en el desenvolupament de la legislació federal que té lloc després de l'afer Wyatt, o bé recolzar-se en la legislació dels estats.

L'afer Pennhurst¹⁵ il·lustra les dificultats de trobar un fonament legal incontestable a l'exigència d'integració social i de cures comunitàries. En la sentència pronunciada pel Tribunal Suprem, aquest no admet la consideració segons la qual la legislació federal ha pogut, per mitjà de l'adopció de la *Deve-*

lopmentally Disabled Assistance and Bill of Rights Act, crear de nou drets substancials en aquesta matèria.¹⁶

Arran de la tramesa de l'afer davant el Tribunal d'Apel·lació del Tercer Cercle, aquest va mantenir l'orientació envers les cures comunitàries en fonamentar-la en la legislació de l'estat de Pennsilvània.

Dins el ventall de posicions adoptades, trobem un llindar mínim que afirma un dret constitucional al tractament en el marc d'una mesura que limiti la llibertat individual, sense que això vulgui dir el reconeixement d'un fonament constitucional a un dret general al tractament, ni a un dret general a l'entorn mínimament restrictiu. Aquesta posició es deriva de moltes decisions del Tribunal Suprem, especialment la sentència *Youngberg v. Romeo*.¹⁷

Una posició maximalista, al contrari, afirma l'existència de dos drets interdependents: al tractament i a l'entorn mínimament restrictiu.¹⁸

DESINSTITUCIONALITZACIÓ I ORDENACIÓ DEL TERRITORI

Un problema relacionat amb la desinstitucionalització és el de la possibilitat d'establir cases comunitàries que permetin una millor integració social dels disminuïts psíquics. No és estrany que s'invoquin reglaments que concerneixen les ordenacions locals (*local zoning ordinance*) per impedir la instal·lació d'aquestes cases.¹⁹ En un afer ja antic, trobem fins i tot una afirmació sorprenent: els contactes entre nens disminuïts psíquics i nens "normals" tindrien un "efecte profund, deleteri i depressiu" sobre l'equilibri nerviós, intel·lectual i afectiu d'aquests darrers.²⁰ En aquest àmbit, com en altres, la recerca d'un pretès "llindar de tolerància" no és sinó el reflex d'intoleràncies crispades amb fonaments poc racionals.²¹

Les dificultats creades per aquests reglaments poden variar considerablement segons el tipus de restriccions imposades. Es pot tractar de clàusules que reserven una zona determinada a habitatges familiars,²² i que imposen un permís especial per als centres d'atenció mèdics, escolars, fins i tot correccionals. Es poden posar altres qüestions quan la casa comunitària per a disminuïts ha estat establerta per iniciativa de les autoritats públiques.

La tendència general de la jurisprudència²³ és no acceptar que el fet que els ocupants (o els clients) d'una casa d'aquesta mena siguin qualificats per altres causes de disminuïts psíquics pugui constituir una excepció als drets d'adquirir terrenys, d'edificar, de transformar o d'utilitzar les construccions si, d'altra banda, les prescripcions reglamentàries han estat respectades.

Una decisió recent del Tribunal Suprem aplica el criteri del control de la racionalitat sobre les lleis que tracten les persones disminuïdes psíquiques d'una manera diferent als altres ciutadans.

Sobre aquesta base, la decisió esmentada censura l'aplicació que havia fet la ciutat de *Cleburne* dels seus ordenaments de cessions locals, els quals havien justificat el rebuig de concedir un permís per a cases d'apartaments, fraternitats o hospitals. El Tribunal indica que aquesta actitud es fonamentava en un prejudici irracional.²⁴

La formulació de la sentència *Cleburne* depassa àmpliament els límits del problema plantejat per les restriccions en matèria d'urbanisme i d'ordenament del territori. Planteja el problema dels criteris que han de seguir les jurisdiccions federals per tal d'interpretar les mesures legislatives dels estats sobre els disminuïts psíquics. L'examinarem des d'aquest punt de vista a les conclusions.

NOTES

- (1) *Wyatt v. Stickney*, 344 F. supp. 387 (M.D. Ala. 1972); 344 F. supp. 373 (M.D. Ala. 1972), enforcing 325 F. supp. 781 (M.D. Ala. 1971), appeal sub nom. *Wyatt v. Aderholt*.
- (2) Per a un estudi comparatiu interessant sobre la *class action*, vegeu FISCH (1979).
- (3) *The American Association on Mental Deficiency, American Civil Liberties Union, American Orthopsychiatric Association, American Psychological Association*. Cal destacar també la compareixença, en la mateixa condició, de l'Estat federal.
- (4) 344 F. supp. 387, 396.
- (5) El principi de *less restrictive means* es formula en la sentència *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960). Aquesta sentència indica que encara que els objectius del govern siguin legítims, els mitjans utilitzats no poden reprimir indiscriminadament les llibertats personals fonamentals si se'n pot atènyer la finalitat d'una manera més flexible. La mesura d'una limitació legislativa s'ha de plantejar d'acord amb els mitjans que siguin menys dràstics i que puguin assolir el mateix objectiu.
- (6) 344 F. supp. 376.
- (7) Ídem, 392, n. 10.
- (8) Aquesta carta es troba citada i comentada en la nota del 84 *Yale L.J.*, pàg. 1353 i següents. La nota conté una descripció molt detallada de l'experiència dels HRC en l'afer Wyatt.
- (9) Institució comparable al ministeri públic en els sistemes romano-germànics.
- (10) Cal assenyalar, entre els més importants, els afers Willowbrook i Pennhurst.
- (11) HERR (1983), pàg. 176, presenta una taula dels afers més importants entre 1971 i 1978. Entre un total de quinze institucions recollides, nou recloïen més de mil persones i una, Willowbrook, més de cinc mil. En el moment en què va ser elaborada aquesta taula, només a dues hi continuava havent més de mil persones, i les previsions (que sovint retrobem en forma de sentències judicials) indicaven que a la fi dels procediments que s'han emprès, la població internada en aquests establiments totalitzaria —com a mitjana— una quarta part de la població inicial. El *New York Times* del 3 de març de 1987 (B, 3: "State and families reach final accord over Willowbrook") informa sobre un acord final sobre Willowbrook que preveia que totes les persones afectades fossin traslladades a unitats comunitàries abans de 1992, com també sobre la formació d'una oficina especial que s'encarregui de defensar els drets dels antics residents que no tinguin ni família ni tutor.

- (12) Un exemple recent —entre molts altres— dels riscos d'errors en la política de desinstitucionalització el proporciona la polèmica sobre la decisió de l'estat de Nova York de tancar sis centres per a disminuïts psíquics. En aquesta ocasió, el director executiu de la *New York Association for Retarded Children* va haver de declarar: "*Nosaltres estem d'acord amb la desinstitucionalització, però només quan s'hi ha fet una planificació adequada per fer-se càrrec de les persones desplaçades*" (*New York Times*, 22 de febrer de 1987, pàg. 37: "Plan for mentally disabled draws opposition"). SCULL (1984) formula una crítica molt més radical a la desinstitucionalització: la considera com una transferència de les responsabilitats i competències de l'estat i d'institucions que aquest ha de supervisar o organitzar envers un mercat en ràpida expansió, el de les atencions comunitàries, gestionat per interessos privats, poc controlat i amb molt poques garanties sobre els drets dels pacients. Una transferència d'aquest tipus té conseqüències dramàtiques per a aquells que tenen recursos financers escassos, ja que d'aquesta manera es troben exclosos de les atencions comunitàries o bé han de passar a dependre de les institucions més sòrdides.
- (13) HERR (1983), pàg. 130 i nota 139 del capítol 3.
- (14) Entre les decisions més restrictives, esmentem les següents: *Burnham v. Department of Public Health*, 349 F. Supp. 1335 (N.D.ga 1972), segons la qual un dret al possible tractament només pertoca al dret de cada estat, i no al de la Constitució federal. *Garrity v. Gallen*, 522 F. supp. 171 (DNH 1981) no troba cap fonament constitucional per a la desinstitucionalització.
- (15) *Pennhurst State School v. Halderman*, 451 U.S. 1, 67 L Ed. Ed 694, 101 S. ct. 1531.
- (16) El jutge Blackmun es va expressar amb aquestes paraules, en una opinió dissident: "*Em sembla evident que el Congrés, en adoptar el paràgraf 6010, ha volgut anar més enllà d'una formulació que li resultava útil políticament, però que en el fons quedaria sense significat pel que fa a allò que els disminuïts psíquics tenen dret a esperar de l'estat i de les autoritats federals*". Per assegurar l'efectivitat d'aquesta declaració de drets, va proposar que s'interpretés sense aïllar-la de les altres disposicions, especialment del paràgraf 6063.
- (17) *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 73 L Ed. 2d 28, 102 S. Ct. 2452 (1982). Vegeu especialment 457 U.S. 317 i següents: L'estat no té, en general, un deure constitucional d'assegurar serveis substancials. Quan una persona és internada i depèn completament de l'estat, hi ha un deure de garantir uns serveis determinats i que se'n faci càrrec (*care*) d'alguna manera, per bé que l'estat conserva un poder discrecional considerable. Atès que hi ha un dret constitucionalment protegit a la seguretat i a la llibertat d'evitar les restriccions, pot ser necessari un entrenament (*training*) per tal d'evitar un perjudici d'aquests drets.

- (18) Aquesta postura es troba desenvolupada sobretot a VANBIERVLIET i SHELDON-WILDGEN (1981), que es fonamenten en el DDABRA (vegeu més endavant) i en diverses sentències de tribunals federals per deduir una mena de codificació d'un dret al tractament comunitari (capítol 7, vegeu especialment una definició en 23 punts d'aquest dret, pàg. 115-116). Hi ha un interès en distingir el problema del fonament constitucional d'aquests drets (el Tribunal Suprem és molt reticent a ampliar la llista de drets constitucionalment reconeguts) del del seu reconeixement i aplicació, encara que sigui sobre bases menys sòlides (legislació dels estats, per exemple). Així, en la seva opinió separada sobre la sentència *Youngberg v. Romeo* (vegeu la nota anterior), el jutge Blackmun insisteix en el fet que la legislació de l'estat de Pennsilvània fonamenta l'internament en la necessitat d'un tractament i de fer-se càrrec del pacient, i que per tant seria constitucionalment infundat rebutjar aquest tractament a una persona internada.
- (19) HERR (1983), pàg. 191 i següents, recull fins i tot l'adopció de noves normes legislatives que, en el context de la desinstitucionalització, eren adreçades a fer més difícil la instal·lació de cases comunitàries per a disminuïts psíquics a les zones residencials. L'autor esmenta la llei sobre "l'elecció dels emplaçaments" de l'estat de Nova York, de 1978.
- (20) Aquest fragment antològic es troba en *Rogers v. Association for the Help of Retarded Children*, 308 N.Y. 126, 123 N.E. 2d 806 (1954).
- (21) WINERIP, M. ("Toughest area to place a home for the retarded", al *New York Times* del 24 de juliol de 1987, B, 1) descriu les dificultats d'instal·lar una casa comunitària per a disminuïts a les zones residencials. S'invoca l'argument de la "saturació" per tal d'obstaculitzar l'establiment de trenta persones en una ciutat de 738.000 habitants (Hempstead). En el districte de Nassau, es va arribar al "llindar de tolerància" amb 55 disminuïts psíquics instal·lats en cases comunitàries sobre una població d'1.300.000 habitants!
- (22) El Tribunal Suprem de l'estat de Nova York, en la sentència *Little Neck Community Association v. Working Organization for Retarded Children* (52 A.D. 2d 90, 383 N.Y.S. 2d 364, 1976) considera que una comunitat per a nens disminuïts constitueix una família pel que fa a les exigències dels ordenaments de concessions locals. S'hi van invocar diversos arguments, com ara la voluntat de fer viure els nens disminuïts en un ambient estable, el caràcter de *parens patriae* de la protecció acordada per l'Estat als nens disminuïts o la funció auxiliar dels serveis sanitaris de què es beneficiarien. Aquesta sentència és interessant, atès que eludeix les dificultats que planteja la definició estricta de família que havia adoptat la sentència *Boraas* del Tribunal Suprem (416 U.S. 1, 96 S Ct. 1536, 39 L Ed. 2d 797). D'una manera prudent, la sentència afegeix que encara que no s'hagi de considerar la casa comunitària com una família, la seva instal·lació no contravindria els ordenaments de concessions que preveïen que una zona residencial per a habitatges unifamiliars pot incloure la instal·lació d'un servei sanitari.

- (23) Trobem la referència de moltes sentències a BURGDORF (1980), capítol 7; GOLDEN (1982), notes 88 i 91; HERR (1983), pàg. 192-193 i nota 171 del capítol 6; MASON (1986), pàg. 196-209.

Omega Corp. of Chesterfield v. Mallery, 228 Va. 12, 319 S.E. 2d 728 (1984), cert. denied, 469 U.S. 1192 (1985) constitueix una excepció notable en aquesta jurisprudència. Entre els arguments que va esgrimir el Tribunal Suprem de Virgínia per confirmar una sentència de no instal·lar una casa comunitària, hi ha la idea que la supervisió exercida pels consellers remunerats pel govern s'oposaria a la noció de família admesa comunament.

- (24) 473 U.S. 432, 87 L. Ed. 2d 313, 105 S Ct 3249 (1985).

CAPÍTOL II

LA REHABILITATION ACT DE 1973

La *Rehabilitation Act*¹ va constituir la primera llei federal adreçada a combatre la discriminació de què són objecte els disminuïts, independentment de la naturalesa i de l'origen de la seva deficiència. En molts aspectes, no és determinat l'abast exacte dels drets reconeguts per aquesta llei. La seva part dispositiva és molt general, i la jurisprudència no ha dubtat a analitzar-la com a declaratòria més que no pas com a directament normativa.

Tant en la seva construcció com en el seu llenguatge, la llei s'inspira en la *Civil Rights Act* de 1964.² El seu objectiu central era lluitar contra la discriminació en matèria d'ocupació, però els termes d'algunes de les seves disposicions, molt generals, permeten que se'n faci el fonament d'una acció contra qualsevol tipus de discriminació.

La secció 501 s'aplica a les ocupacions en les institucions federals que han hagut d'adoptar plans d'acció positiva per a la contractació, l'ocupació i la promoció dels disminuïts.

La secció 503 preveu que els contractes de serveis, de proveïment o de construcció signats pel govern federal amb els empresaris hauran de contenir una clàusula que imposi accions positives per ocupar i promoure persones disminuïdes.

La secció 504 s'aplica a qualsevol persona o institució que es beneficiï de fons federals o que participi en la realització de programes federals. Promulga que "*qualsevol persona qualificada de disminuïda... no podrà ser exclosa, per la sola raó de la seva deficiència d'una participació, d'un avantatge, o bé ser sotmesa a una discriminació en el marc de qualsevol programa o activitat que es beneficiï de l'ajut federal*".

Una disposició d'aquesta mena desborda àmpliament l'àmbit de l'ocupació. Hauria pogut constituir la norma essencial a partir de la qual es podria construir el dret dels disminuïts, però no va ser així. El primer problema que es va plantejar va ser el de l'existència d'un dret a intentar una acció individual sobre la base de la *Rehabilitation Act*. Les primeres decisions van ser contradictòries. Va ser necessari esperar les esmenes de 1978 perquè aquest dret fos

reconegut i organitzat sense ambigüitats. La segona dificultat provenia del fet que, atès que la llei havia estat formulada en termes molt generals, només seria eficaç si els departaments corresponents de l'executiu adoptaven normes reglamentàries precises.

Però aquests departaments dubtaven a actuar en àmbits on tradicionalment qualsevol intervenció normativa federal es contempla amb desconfiança.

La inèrcia va ser una de les causes principals del moviment de protesta dels disminuïts, que es va manifestar amb una amplitud sense precedents durant el primer semestre de l'any 1977.³

Va ser només aleshores que la part dispositiva de la *Rehabilitation Act* va ser doblement reforçada: per la reglamentació federal i per les esmenes del Congrés.⁴

La reglamentació federal⁵ comprèn sis capítols. El capítol A tracta sobre la terminologia. El capítol B sobre l'ocupació, el C sobre l'accessibilitat dels programes (especialment el problema de les barreres arquitectòniques), el D sobre l'educació preescolar, elemental i secundària, l'E sobre l'educació postsecundària i l'F sobre la sanitat, el benestar i els altres serveis socials.

Aquesta reglamentació s'esforça a fer efectiva la regla de no-discriminació pel que fa a qualsevol persona "declarada disminuïda per altres raons". Així, les proves mèdiques que acompanyen la contractació de personal només han de fer constar allò que la naturalesa del treball exigeix com a capacitat. Els tests psicològics o d'intel·ligència han de vetllar igualment per basar-se únicament en les aptituds reals d'una persona per satisfer una o altra condició, sense que una invalidesa eventual que no tingui cap relació directa amb la capacitat sol·licitada en falsegi l'apreciació. En l'àmbit de l'ocupació, és necessari un acondicionament raonable de les condicions de treball per part dels contractants compromesos en programes federals. Han d'adoptar un comportament positiu (*take positive steps*), cosa que evidentment queda molt allunyada de l'obligació d'adoptar accions positives.

En l'àmbit de l'ensenyament, les regles definides l'any 1977 no difereixen gaire de les que enuncia l'*Education for All Handicapped Children Act* de 1975 (vegeu més endavant), i globalment són més exigents que no les que regulen l'ocupació. Les mesures plantejades poden incloure una modificació de la durada del curs, l'adaptació dels mètodes d'ensenyament, el proveïment de mitjans auxiliars com ara enregistradors, modificacions fetes als reglaments interiors, etc. No obstant això, l'eficàcia d'aquestes mesures es troba limitada

per una inversió de les funcions: en la part dispositiva de l'EAHCA són les autoritats escolars les que, mitjançant plans globals i programes individuals, han d'integrar els disminuïts; en la *Rehabilitation Act*, la seva obligació es limita a la no-discriminació.⁶

La sentència *Davis* del Tribunal Suprem⁷ il·lustra la dificultat que hi ha de passar d'una senzilla prohibició de principi de la discriminació a una regla que garanteixi la integració.

Es tractava d'una persona afectada d'una greu deficiència auditiva a la qual s'havia refusat la inscripció en un programa de formació per ser infermera. Aquesta persona va defensar que una assistència individual i una adaptació del programa li hauria permès que se'n beneficiés normalment, i que per tant la seva deficiència no l'excloïa per ella mateixa, sinó a causa del rebuig de les autoritats corresponents a procedir a un acondicionament d'aquesta mena. Aquest argument va ser rebutjat en primera instància, però va ser apel·lat i el Tribunal el va admetre. L'escola va ser obligada a reconsiderar la demanda d'inscripció de Davis sense tenir en compte la seva deficiència auditiva, i el Tribunal Suprem va demanar al Tribunal de districte que examinés l'eventualitat d'ordenar a l'escola la modificació del seu programa de formació de manera que fos accessible per a Davis. El Tribunal d'Apel·lació del 4t. Cercle va fonamentar la seva decisió en una exigència de "conducta positiva" que es desprenia de les sentències anteriors, encara que les modificacions que s'hi van efectuar van ser difícils.

El Tribunal Suprem va cassar aquesta decisió i va adoptar una interpretació de la secció 504 que en limita considerablement l'abast.⁸

El Tribunal va jutjar que, en la mesura en què no es desprenia cap intenció d'imposar accions positives tant del text com de l'objectiu o de la història d'aquesta secció, una institució escolar o les autoritats escolars d'un estat no havien de modificar substancialment els seus criteris d'admissió i de funcionament per tal d'adaptar-se a les necessitats dels disminuïts.

Un repàs de la jurisprudència⁹ elaborada després de la sentència *Davis* ens mostra que la interpretació literal de la secció 504 i de les seves esmenes de 1978 ha blocat, en gran part, la dinàmica antidiscriminatòria de la *Rehabilitation Act*. Segons Golden¹⁰ es consolida una tendència conservadora que acumula les limitacions i les excepcions a les regles de la secció 504 en els casos de discriminació en matèria d'ocupació i que d'aquesta manera contradiu obertament les intencions del legislador.

En altres àmbits, a més del de l'ocupació, el balanç és decebedor, encara que d'una manera més mitigada. En matèria d'ensenyament, algunes decisions procedeixen a la lectura estricta i restrictiva de la secció 504, amb l'excepció del dret aplicat a les queixes dels demandants sobre una altra base més sòlida, la de l'EAHCA (vegeu més endavant). Tanmateix, recollirem altres sentències¹¹ que indiquen que alguns tribunals interpreten que la secció 504 constitueix un fonament per a una acció antidiscriminatòria.¹²

Per al futur, Herr¹³ es preocupa per la feblesa del dispositiu normatiu d'aquesta secció, el qual —per la seva generalitat— depèn exclusivament de les disposicions reglamentàries. En un context en què la pressió dels moviments per la igualtat s'ha afeblit, i en què l'executiu pretén imposar un programa d'austeritat que perjudica sobretot el que als Estats Units es coneix com a “serveis humans”, es corre el risc que aquesta feblesa s'agreugi.

NOTES

- (1) PL 93-112 (1973), esmenada per PL 93-516 (1974), P.L. 95-602 (1978). 29 USC 701 i següents. Sobre els treballs preparatoris, vegeu OLENICK (1980).
- (2) L'esmena de la *Rehabilitation Act* adoptada l'any 1978 es remet explícitament al Títol VI d'aquesta llei per determinar els drets i els procediments als quals poden aspirar les persones que siguin víctimes d'una discriminació prohibida per la secció 504 de la *Rehabilitation Act*.
- (3) El juliol de 1976, un tribunal federal ja havia ordenat al *Department of Health, Education and Welfare* adoptar la reglamentació segons la qual la secció 504 esdevindria lletra morta (*Cherry v. Mathews*, DDC 1976, 419 F. supp. 922).
- (4) Les esmenes del Congrés han estat introduïdes per la *Pub. L.* núm. 95-602, sota el títol de "Rehabilitation, Comprehensive Services and Developmental Disabilities Amendments".
- (5) 42 Fed. Reg. 22676 (1977), en vigor des del 3 de juny de 1977. La secció 503, l'abast de la qual és molt més limitat, ja havia estat objecte d'una reglamentació del *Department of Labor* l'abril de 1976 (41 Fed. Reg. 16147 (1976)).
- (6) Hi ha nombroses decisions que mostren la diferència entre els drets garantits per l'EAHCA i la regla de no discriminació de la secció 504. "Un fracàs del sistema escolar que ha d'observar les obligacions positives de l'EAHCA..., en absència de mala fe i d'error greu per "gross misjudgement", no constitueix una "discriminació" contemplada per aquesta secció; per demostrar que s'ha produït una discriminació d'aquest tipus, el demandant ha de provar la intenció dels defensors d'impedir-li que es beneficiï d'una educació pública i que aquests sabien que li ocasionarien un perjudici, o que actuaven de mala fe o havien comès un error groller": *Johnson v. Ann Arbor P. School*, 569 F. Supp. 1502 (D.C. Mich. 1983).
No sempre es requereix, tanmateix, la prova de la intencionalitat de la discriminació: *New Mexico Ass'n for Retarded Citizen v. State of N.M.*, 495 F. Supp. 391 (D.C.N.M. 1980).
- (7) *Southeastern Community College v. Davis*, 422 U.S. 397, 60 L Ed. 980, 99 S Ct 2361 (1979). Les sentències de primera instància i d'apel·lació són: 424 F. Supp. 1341 (EDNC 1976) i 574 F. 2d 1158 (4th Cir. 1978).
- (8) Es va negar a admetre que normes reglamentàries adoptades per l'HEW (Secretaria de Sanitat, Educació i Benestar) poguessin ser preses en consideració si aquestes havien de tenir l'efecte de crear un dret no sancionat pel text de la secció 504.
- (9) Vegeu OLENICK (1980) i GOLDEN (1982).
- (10) GOLDEN (1982), pàg. 555 i següents.
- (11) *Schorinstein v. N.J. Division of Vocational Rehabilitation Services*, 519 F. Supp. 773 (DNJ 1981). La sentència Arline del Tribunal Suprem que examinarem a les conclusions constitueix la decisió més important que permet reactivar el dispositiu antidiscriminatori de la *Rehabilitation Act*.

- (12) L'interès d'aquest procés, en l'àmbit de l'ensenyament, prové del fet que l'EAHCA comporta un límit d'edat que la fa inaplicable a les persones amb més de 21 anys.
- (13) HERR (1983), pàg. 244.

CAPÍTOL III

L'ABAST DEL DRET A L'EDUCACIÓ

L'existència d'escoles especials que mantenen la segregació dels nens disminuïts psíquics es remunta, als Estats Units, al començament del segle. La primera llei que organitza aquest tipus d'ensenyament va ser adoptada per Nova Jersey l'any 1911. Altres estats van legislar en el mateix sentit al començament dels anys 20. Una de les característiques principals d'aquestes mesures era la classificació dels disminuïts psíquics en dos grups: els educables i els no educables. Aquest darrer terme va ser progressivament substituït pel de *trainable*. En general, la legislació i la jurisprudència admetien que una part de la població disminuïda fos exclosa de l'ensenyament,¹ i que fos competència de les autoritats escolars la decisió sobre qui podria seguir els cursos o bé ser-ne exclòs.

L'afirmació d'un dret a l'educació per a tots els nens disminuïts s'ha fet sobre el fonament del principi de l'*equal protection*, que permet garantir el dret constitucional a l'ensenyament públic i gratuït per a tothom.

L'anàlisi del llenguatge de les primeres decisions que es van prendre en aquest sentit mostra una similitud important amb el llenguatge de la cèlebre sentència *Brown* de 1954,² que afirma el dret a la no-segregació racial en l'ensenyament.

Entre les sentències més significatives que estableixen el dret constitucional de tots els nens disminuïts a rebre una educació adequada, examinarem la sentència PARC³ i la sentència Mills.⁴

LA SENTÈNCIA PARC

L'afer PARC va ser sotmès a la justícia federal per l'associació de Pennsilvània per als nens retardats i els pares de tretze nens que no tenien accés a l'ensenyament públic. Es tractava d'una *class action* en què els demandants actuaven en nom de tots els disminuïts psíquics de 6 a 21 anys mantinguts al marge de l'ensenyament públic d'aquest estat, i els defensors van ser, a més de

les autoritats de l'estat i les autoritats escolars, els tretze districtes afectats directament pels demandants, el conjunt de les autoritats escolars de l'estat.

Els demandants van invocar la inconstitucionalitat de quatre lleis estatals.

La secció 1375 eximia les autoritats escolars de l'estat de l'obligació de garantir l'educació pública als nens que un psicòleg hagués certificat que fossin "*ineducable and untrainable*". Aquests nens, aleshores, passaven a dependre del departament de benestar, el qual no tenia cap obligació escolar o educativa.

La secció 1304 autoritzava la pròrroga indefinida de l'escolarització d'un nen que no hagués arribat a l'edat mental de 5 anys.

La secció 1330 eximia un nen que estigués en el cas de no-respecte de l'obligació escolar si un psicòleg el declarava incapaç de treure'n cap profit.

La secció 1326 establia l'escolaritat obligatòria dels 8 als 17 anys, però a la pràctica això servia per posposar l'admissió dels nens disminuïts psíquics fins que arribessin a l'edat de 8 anys, i excloure'ls de les institucions escolars a partir dels 17 anys.

Aquestes quatre disposicions legislatives van ser atacades des d'un doble punt de vista: d'una banda, el de les garanties de procediment, pel fet de no preveure audició prèvia, procediment contradictori o fins i tot comunicació als pares, i de l'altra, el de la protecció igual per a tothom dels drets fonamentals en tant que privaven una categoria de ciutadans del dret a l'ensenyament sense un fonament racional dels fets.⁶

Contràriament al que es va produir arran de l'afer Wyatt, el procediment va resultar poc conflictiu. Una sola institució escolar, la Lancaster-Lebanon Intermediate Unit, va tornar a encausar el mecanisme de l'acció col·lectiva, mentre que 29 unitats intermèdies i 569 escoles de districte s'havien afegit al grup dels defensors.

Sobre aquest fons, la part essencial del procediment va ser consensual, i un dels elements destacables del procés va ser l'audició com a testimonis d'especialistes en problemes educatius dels nens disminuïts psíquics i la publicitat important que van rebre aquests testimonis, els quals van presentar un quadre molt precís dels mecanismes d'exclusió d'una part considerable de la població afectada.⁷

El Tribunal va elaborar i ratificar un acord consensual. El seu punt principal era el reconeixement que l'estat tenia l'obligació de procurar que cada nen

disminuït psíquic és beneficiés d'un programa d'educació i d'adaptació (*educational training*) gratuït i públic d'acord amb la capacitat del nen.

El paràgraf 4 de l'acord consensual era particularment clar: *"Totes les persones retardades psíquiques tenen dret a beneficiar-se d'un programa d'educació i d'adaptació; la gran majoria de les persones retardades, si se'ls ha donat aquesta educació i aquesta adaptació, són capaces d'accedir a l'autonomia, i les que no ho siguin igualment seran capaces d'atènyer un cert nivell de responsabilitat sobre ells mateixos; com més aviat comenci l'educació i l'adaptació, la persona retardada psíquica se'n beneficiarà d'una manera més plena i eficaç; tant si ha començat tard com d'hora, cal que una persona retardada psíquica es pugui beneficiar en qualsevol moment de la seva vida i del desenvolupament d'un programa educatiu"*. La sentència del Tribunal, en recollir íntegrament aquest passatge, el considerava com una evidència.

Van ser nomenats uns supervisors (*masters*), a expenses de l'estat, per tal que controlessin l'aplicació de l'acord.

Hem d'assenyalar, finalment —en l'àmbit de la terminologia—, que el Tribunal va fer un reconeixement de l'anàlisi de la deficiència com a estigma. La part dispositiva de la sentència es refereix a la sentència *Constantineau* del Tribunal Suprem,⁸ segons la qual cal efectuar un procediment que garanteixi els drets fonamentals cada vegada que la classificació d'una persona l'afecti en relació amb certes persones amb un estigma o una marca de desgràcia (*stigma or badge of disgrace*).

LA SENTÈNCIA MILLS

L'afer Mills va ser sotmès a la justícia federal pels representants, en el marc d'una acció portada a terme en nom de set nens (procediment del *next friend*) exclosos d'escoles del Districte de Columbia.

L'acció va ser considerada com una *class action* portada en nom de tots els "nens excepcionals" del Districte Federal (retardats psíquics o caracterials, disminuïts físics, hiperactius i tots els nens amb problemes de comportament).

Malgrat que l'argumentació de la sentència és força semblant a la de la sentència PARC, el seu interès rau en els elements que comentem a continuació.

La formulació de la sentència PARC s'ha ampliat: la sentència Mills esmenta l'opinió del jutge Wright per establir que *"la igualtat d'oportunitats en matèria d'educació és la clàusula de l'equal protection aplicada a l'ensenyament públic"*. És a dir, hi ha un dret constitucional directe, oposable als estats, independent de qualsevol consagració legislativa.

Un altre punt important és que malgrat que el procediment va ser parcialment consensuat, el Districte de Columbia no va arribar a satisfer les regles que ell mateix s'havia imposat. Va adduir l'absència de mitjans financers i va indicar que era impossible concedir als demandants allò que exigien llevat que el Congrés decidís destinar milions de dòlars a la millora dels serveis d'educació especial en el Districte de Columbia, o que ells mateixos fessin servir fons destinats a altres serveis en l'àmbit de l'ensenyament, la qual cosa perjudicaria els drets dels que no formessin part del grup representat en el procés.

Aquest argument estava destinat a esdevenir recurrent en afers com aquest.⁹

La resposta del Tribunal va ser terminant: *"El fracàs dels defensors a l'hora de complir la seva obligació de fer que els nens "excepcionals" es beneficiïn d'un ensenyament públic (institucions pertanyents a la xarxa pública o bé que rebin fons públics) i el seu fracàs a garantir un procediment equitatiu i revisions periòdiques de la seva situació no poden ser excusats amb l'argument que els fons són insuficients (...). L'interès del Districte de Columbia per facilitar una educació als nens exclosos ha de primar sobre el seu interès a preservar els seus recursos financers. Si no hi ha prou fons disponibles per finançar tots els serveis i programes que requereix el seu sistema, els recursos existents s'han de repartir equitativament de manera que cap nen no sigui exclòs de l'ensenyament públic o que rebi fons públics i que respongui a les seves necessitats de treure'n profit"*. Les limitacions pressupostàries o una gestió insatisfactòria no han de tenir un pes més gran sobre els nens excepcionals o disminuïts.

La sentència va detallar minuciosament com el Districte de Columbia havia de fer efectiu el dret a l'ensenyament. Això representava la identificació de les persones interessades, una avaluació de les seves necessitats, un procediment contradictori que permetés que els pares o els tutors exercissin un recurs, mesures de publicitat per mitjà de la premsa i d'emissions de ràdio i televisió per fer saber que qualsevol nen, qualsevol que fos la seva deficiència, tenia el dret a beneficiar-se d'un programa educatiu d'acord amb les seves necessitats. Les regles de procediment estaven particularment treballades, sobretot pel que

fa als drets del nen en un procediment disciplinari. En cas d'incapacitat financera, s'havia d'atorgar al nen una assistència jurídica voluntària i gratuïta.

La formulació de la sentència constitueix una autèntica codificació dels elements essencials del dret a l'educació.

L'EAHCA DE 1975

Aquesta evolució del dret ha estat sancionada per una llei federal particularment important: l'*Education for All Handicapped Children Act* de 1975.¹⁰

L'orientació de la llei, segons es desprèn de l'exposició de motius, és que el govern federal ha de col·laborar amb els esforços dels estats i de les comunitats locals per satisfer les necessitats particulars dels nens disminuïts. S'hi afirma el dret que tenen a un "*ensenyament públic, adequat i gratuït, que posi l'accent sobre l'educació especial i els serveis auxiliars elaborats per satisfer les seves necessitats particulars*".

De la brevetat del text de la llei destaca que és la combinació de quatre elements el que ha de garantir l'efectivitat del dret a l'educació dels nens disminuïts.

L'**educació especial** s'entén—en un sentit molt ampli—com qualsevol tipus d'instrucció que satisfaci les necessitats particulars d'un nen, ja sigui instrucció escolar, educació física, educació a domicili, en els hospitals o en les institucions.

Els **serveis auxiliars** (*related services*) poden incloure el transport i qualsevol servei d'adaptació o readaptació (*corrective and supportive*) que pugui ajudar un nen disminuït a beneficiar-se de l'educació especial. Inclouen serveis de logopèdia, de psicologia, de teràpia física, d'ergoteràpia, de lleure, d'orientació, com també serveis mèdics (sense cap altra funció que les de diagnòstic i avaluació), i impliquen la localització i l'anàlisi precoç dels factors de deficiència entre els nens.

L'**educació pública, gratuïta i adequada** implica que l'ensenyament i el conjunt dels serveis auxiliars hauran de ser gratuïts, finançats per fons públics, dirigits i supervisats per autoritats públiques; que respectaran les normes de les autoritats responsables de l'educació dins l'estat; que cobriran les fases preescolar, elemental i secundària de l'ensenyament; que seran aplicades d'acord amb un programa d'educació individualitzat.

El **programa d'educació individualitzat**¹² és una declaració escrita, establerta per a cada nen per un representant qualificat de les autoritats escolars, en el marc d'un procediment de consulta amb els pares, el tutor eventual, els ensenyants i, si s'escau, el nen. Aquest programa comprèn:

- 1r. una declaració sobre el nivell real d'educació del nen;
- 2n. una declaració sobre els objectius anuals;
- 3r. una declaració sobre els serveis específics requerits i la mesura en què el nen pot beneficiar-se d'un programa d'educació regular;
- 4t. la data en què es projecta emprendre aquests serveis, la seva durada prevista; i
- 5è. criteris objectius adequats i procediments d'avaluació per determinar, almenys un cop l'any, si els objectius han estat assolits.

La secció 612 (20 USC 1412) estableix les condicions segons les quals els estats es beneficiaran de fons federals en el marc de l'EAHCA. L'estat ha de dur a terme una política que garanteixi efectivament el dret de tots els nens disminuïts a l'educació. Això comporta l'elaboració d'un pla que es fixi l'objectiu que tots els nens disminuïts tinguin la possibilitat plena d'accedir a l'educació, i que inclogui una planificació detallada de la manera d'assolir aquest objectiu i una descripció dels establiments, el personal i els serveis que s'exigeixen a l'estat. Aquest pla haurà de garantir una educació pública, adequada i gratuïta per a tots els nens de 3 a 18 anys, a partir de l'1 de setembre de 1980. Caldrà registrar tots els nens disminuïts, qualsevol que sigui la gravetat de la seva deficiència, que es trobin en la necessitat de rebre una educació especial i serveis auxiliars (tant dels que ja es beneficien d'aquests serveis com dels que en són exclosos). L'avaluació de les necessitats es farà mitjançant procediments administratius a partir del model judicial, que es troben descrits en la secció 613.

L'apartat (5) de la secció 612 és molt important, atès que precisa l'orientació general que cal seguir: la de la integració màxima. Els nens disminuïts rebran la seva educació, en la mesura en què sigui possible, amb els no disminuïts. No es podrà adoptar cap mesura que els privi d'un entorn educatiu regular, els sotmeti a un ensenyament especial o a institucions escolars separades, llevat que hagi estat provat que, fins i tot en el cas que es beneficiïn d'ajudes o de serveis complementaris, no es podrien beneficiar de manera satisfactòria de les classes regulars per raó de la naturalesa o de la gravetat de la seva deficiència.

El procediment administratiu es troba detallat en la secció 615, la qual formula unes garanties mínimes. És convenient destacar-ne les següents: l'audició dels pares o del tutor, una notificació prèvia a qualsevol modificació (o rebuig de modificació) de la situació del nen, la garantia d'una informació completa en la llengua materna de les persones afectades, l'examen de les seves objections, recursos administratius i el dret a beneficiar-se d'un consell judicial o de l'assistència d'un especialista durant les audicions, el de presentar testimonis i el de plantejar conclusions.

En el cas dels nens sense família o confiats a la tutela de l'estat, la secció 615 (b) (1) (B) disposa que els estats hauran d'organitzar procediments en què una persona independent de les autoritats públiques o escolars podrà garantir la funció de representant del nen.¹³

L'apartat (2) de la secció 615 preveu recursos judicials davant els tribunals de l'estat i els tribunals federals en cas de desacord sobre la declaració administrativa final. Estableix el principi que sempre es pot intentar una acció civil en cas de desacord amb aquesta decisió i dóna als tribunals el poder de decidir el remei que considerin més adient. El tipus de prova que es requereix és el de la "prova preponderant",¹⁴ i si el Tribunal disposa de tots els elements del procediment administratiu, no podrà procedir a noves audicions de testimonis.¹⁵

La secció 611 (20 USC 1411) conté les disposicions que regulen l'ajut financer federal. Cal subratllar que aquestes disposicions estableixen un finançament gradual que permet que l'estat es beneficiï de fons la totalitat dels quals sigui equivalent al nombre de nens disminuïts que es beneficiïn de l'educació especial i dels serveis auxiliars multiplicat per un índex que creix progressivament d'un 5% (1978) a un 40% (1982) de les despeses anuals mitjanes als Estats Units per a un alumne de l'ensenyament elemental i secundari.

L'EAHCA estableix el principi d'una educació adequada i indica una orientació en favor de la integració, però no precisa quins són els criteris del caràcter adequat de l'educació.

DEFINICIÓ DE L'EDUCACIÓ ADEQUADA

El paper essencial que s'atribueix a les jurisdiccions federals en l'aplicació de l'EAHCA no podia deixar de provocar una polèmica important sobre aquests criteris. Els termes d'aquesta polèmica van ser precisats per la sentèn-

cia *Rowley*,¹⁶ en la qual el Tribunal Suprem es va pronunciar, per primera vegada, sobre els criteris a aplicar en el control judicial del dret a l'educació dels nens disminuïts.

Es tractava, en aquest cas, d'un conflicte sorgit arran de l'oposició d'una escola (confirmada per les instàncies administratives competents) a contractar un intèrpret en llenguatge gestual per facilitar la integració escolar d'una nena sorda.

El tribunal de districte havia acceptat l'objecció dels pares i havia aplicat un criteri que exigia que es concedís a un nen disminuït la possibilitat de desenvolupar totes les seves potencialitats en la mateixa mesura que els altres nens. Tenint en compte que la seva capacitat de comprendre allò que es deia a classe era clarament inferior a la dels seus companys, el tribunal va concloure que calia contractar un intèrpret per permetre que el nen tingués el mateix nivell d'oportunitats escolars que els seus companys no disminuïts.

La decisió, confirmada en apel·lació, va ser cassada pel Tribunal Suprem.

A partir d'una anàlisi del text de l'EAHCA que tendia a ser críptica, el Tribunal Suprem va considerar que la garantia de l'accés dels nens disminuïts a l'ensenyament havia de ser interpretada sense exigir que els estats fessin més del que era necessari per donar sentit¹⁷ a aquest accés. Aquesta exigència ja se satisfà si els estats garanteixen els serveis bàsics que donen al nen l'oportunitat de treure un profit de l'educació (*basic floor of opportunity... to provide educational benefit*).

Des d'aleshores, el Tribunal ha rebutjat el criteri de desenvolupament màxim de les capacitats del nen¹⁸ perquè considera que va més enllà de les intencions del Congrés. No va tornar a defensar el criteri d'una igualtat d'oportunitats en relació amb les dels nens no disminuïts,¹⁹ ja que la considerava inaplicable a causa de la impossibilitat d'establir mesures i comparacions. Quant al criteri de realització de l'autonomia del nen,²⁰ el va considerar igualment inaplicable, en alguns casos, insuficient; en altres, que anava més enllà del que es pot demanar a un programa d'educació.

Independentment de l'adopció d'un criteri d'apreciació que puguem qualificar d'intermedi per apreciar en què consisteix una educació adequada, el balanç de l'EAHCA és àmpliament positiu. Es tracta sens dubte de l'àmbit en què el dret dels disminuïts ha experimentat un progrés més profund. Una jurisprudència molt abundant n'ha delimitat els límits i ha reconegut la interacció que hi ha entre l'educació i els factors psicològics, mèdics i socials, de manera que el dret a l'educació ha constituït el fonament d'un dret global a la integració social.

CONSTRUCCIÓ JURISPRUDENCIAL DE L'EAHCA

Procedint generalment a una lectura que interpreti les disposicions de l'EAHCA amb l'ajut dels drets que es desprenen dels principis fonamentals als quals es refereix —directament o indirectament— la terminologia de la llei, les decisions judicials solen precisar la noció d'entorn mínimament restrictiu, a donar una interpretació molt àmplia de la noció de serveis auxiliars i a reconèixer fórmules de procediment i “remeis” judicials extremament diversificats per fer efectius els drets dels disminuïts.

Aquí només reproduïrem algunes de les orientacions essencials d'aquesta jurisprudència.

1r. El dret a l'educació no és limitat quant als horaris o als cicles escolars anuals.

D'aquesta manera, les regles dels estats que limiten l'obligació escolar a un cicle de 180 dies l'any no poden ser invocades quan les necessitats individuals del nen exigeixen un cicle d'educació més complet.²¹

Així mateix, quan es demostra que és preferible un internament residencial que respongui les vint-i-quatre hores del dia a les necessitats del nen, els tribunals no dubten a l'hora d'ordenar a les autoritats escolars que procedeixen a pagar-ne les despeses.²²

Així, en el cas d'un nen autista, una sentència²³ ordena l'internament després d'haver constatat que aquest nen no havia pogut treure profit de l'ensenyament en una escola d'on les autoritats l'havien rebutjat, ni d'un centre on va experimentar una regressió, ni d'una educació a domicili per a la qual no va ser aprovat cap IEP.

En el cas d'un altre nen autista, una sentència va ordenar a les autoritats escolars que contractessin un educador a temps complet en el domicili dels seus pares durant un període de dos anys, per compensar el perjudici provocat pel rebuig a pagar els serveis d'un educador.²⁴

2n. La prioritat acordada per a l'entorn mínimament restringit²⁵ porta també els tribunals a procedir a una definició molt àmplia dels serveis auxiliars.

Sovint se'n desprèn que quan un servei, encara que sigui mèdic i no afecti el diagnòstic o l'avaluació, permet realitzar un programa educatiu en les condicions menys restrictives, hi ha possibilitats que se'n pugui beneficiar el nen disminuït.

La reglamentació del departament d'educació ha ampliat l'abast del dret als serveis mèdics, el qual, en la terminologia de l'EAHCA, es limita a les seves funcions de diagnòstic i d'avaluació. Aquesta reglamentació inclou diversos serveis realitzats per la infermeria de l'escola o altres persones qualificades.²⁶ A partir d'això, cal fer una distinció entre el que pertocaria als serveis mèdics, en un sentit estricte, i el que pot aportar la medicina escolar. El Tribunal Suprem considera que una exclusió de la medicina escolar de la clàusula que limita els serveis mèdics de diagnòstic i avaluació constitueix una interpretació raonable dels interessos del Congrés.

EL PROBLEMA DELS LÍMITS FINANCERS

Un argument recurrent és els dels costos de les adaptacions que s'han d'efectuar. L'actitud general de la jurisprudència és la de subordinar qualsevol discussió sobre les càrregues financeres al criteri de l'educació adequada i de la integració social. Tot i que les disposicions de l'EAHCA creen una mena de sostre global en el càlcul de les prestacions que els estats han de garantir, sembla que els tribunals són reticents a acceptar les decisions administratives fonamentades en les càrregues excessives d'un programa individual.²⁸

Una sentència²⁹ indica que les consideracions de cost només poden intervenir entre diverses opcions en la mesura en què garanteixen una educació adequada. En aquest cas, les proves aportades per un peritatge psiquiàtric feien que es preferís un programa clarament més costós que satisfesia les necessitats d'una persona emocionalment pertorbada.

Dit això, la formulació, una mica crua, segons la qual "*no hi ha un dret constitucional a la millor educació que es pugui comprar amb els diners*"³⁰ il·lustra que, si bé el cost individual de cada programa no és un criteri essencial del seu caràcter adequat, no és menys cert que el finançament global defineix un marc general dins el qual els tribunals es pronunciaran sobre els esforços raonables fets pels estats i per les autoritats escolars per donar una resposta a les necessitats dels nens disminuïts.

Aquests darrers anys, el Congrés ha menat una batalla aferrissada contra les pressions de l'administració Reagan per garantir un augment regular (en termes reals) del finançament, de manera que pugui respondre d'una manera cada vegada més completa a les necessitats no cobertes.³¹ Així, el pressupost

aprovat per a l'any 1987 va ser de 1.740 milions de dòlars (contra una proposta del President d'un total de 1.300 milions, una xifra que hauria representat una lleugera disminució en relació amb la del 1986).³²

ASPECTES DE PROCEDIMENT

El dret a una acció directa privada contra l'Estat ha estat clarament afirmat,³³ com també el de dur a terme *class actions*.³⁴ L'exhauriment dels recursos administratius és abordat amb flexibilitat. La majoria de les decisions estableixen el principi que, per tal que pugui ser invocada l'absència d'un recurs administratiu anterior, cal que aquest recurs hagi pogut tenir un sentit.³⁵

Els tribunals no estan vinculats pel contingut dels procediments administratius. Poden procedir a noves audicions. Sobre aquest fons, el seu poder no es limita a ratificar, cassar o rebutjar les decisions administratives. Poden elaborar decisions independents, sobre la base de les proves que ells mateixos hauran recollit,³⁶ i disposen d'un ampli poder de veredicta per aplicar remeis eficaços.³⁷ El seu control abasta tant les garanties de procediment com el contingut del programa educatiu, i es poden basar en qüestions connexes com ara les decisions dels estats de reduir el reemborsament d'algunes prestacions escolars.³⁸

Sovint ha estat plantejada la qüestió del reemborsament de les despeses que han d'afrontar els pares que han rebutjat una decisió de les autoritats escolars. La tendència general de la jurisprudència és que aquest reemborsament és exigible quan els pares han efectuat despeses raonables, justificades per les necessitats educatives del nen, i això fins i tot en els casos en què els pares no haguessin respectat la regla de l'*statu quo* que estableix que en cas d'impugnació el nen s'haurà de quedar a l'establiment on es troba.³⁹ El Tribunal Suprem va resoldre aquesta qüestió l'any 1985,⁴⁰ i va indicar que els pares que havien enviat el seu fill a una escola privada abans que el conflicte fos resolt administrativament o judicialment, corrien el risc de perdre el seu dret al reemborsament, encara que no en quedaven automàticament privats ("*Parents risk, but do not waive their right...*"). Altres danys i perjudicis, no vinculats a les despeses en matèria d'educació, semblen pràcticament exclosos, encara que sigui possible trobar algunes decisions en sentit contrari (generalment quan hi ha

hagut mala fe per part de les autoritats administratives i han provocat procediments dilatoris).⁴¹

El reemborsament de les despeses de representació legal (*Attorney fees*) ha estat motiu d'una llarga controvèrsia. Alguns tribunals el concedien en la mesura en què l'EAHCA és una llei que segueix el model de les lleis antidiscriminatòries, que protegeixen els drets fonamentals. El Tribunal Suprem va rebutjar aquesta interpretació l'any 1984,⁴² i va decidir que en el text o en els treballs preparatoris no hi havia res que demostrés la voluntat del Congrés de concedir aquest reemborsament. La reacció del Congrés va ser molt ferma. Va considerar que el Tribunal Suprem no havia interpretat correctament les seves intencions. Després d'un llarg *iter* legislatiu, provocat per les divergències entre els textos del Senat i els de la Cambra de Representants, una llei⁴³ va determinar el reemborsament de les despeses de representació judicial, sempre que es donessin unes condicions determinades. Aquesta llei, aprovada l'any 1986, tenia efecte retroactiu i s'havia d'aplicar a tots els afers judicials iniciats després del 3 de juliol de 1984 i a tots els casos que no haguessin estat resolts el 4 de juliol de 1984 (això darrer, per neutralitzar els efectes de la sentència *Smith v. Robinson*).

Com a conclusió d'aquest repàs del dret a l'educació, reproduïrem l'anàlisi feta per Golden: "*L'educació continua sent un àmbit en el qual els tribunals troben en les lleis en vigor un suport ferm per als disminuïts. La tendència a una extensió dels drets substancials i de les garanties de procediment per als nens disminuïts en edat escolar es troba clarament en contrast amb les restriccions i el viratge conservador que afecta, en conjunt, els altres àmbits del dret dels disminuïts*".⁴⁴

NOTES

- (1) Així, una llei de l'estat de Maine (abrogada l'any 1975) preveia que el "*comité de supervisió escolar o els directors d'escola poden excloure de les escoles públiques qualsevol nen que, per la seva condició física o psíquica, no sigui apte per seguir-hi un ensenyament*", citat per BURGDORF (1980, pàg. 63).
- (2) *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 75 S. Ct. 753.
- (3) *Pennsylvania Association for Retarded Children v. Commonwealth of Pennsylvania*, 343 F. Supp. 279 (E.D. Pa 1972). A LIPPMAN i GOLDBERG (1973) hi ha una anàlisi detallada de l'afer PARC i les seves implicacions. FRY (1980) n'analitza les conseqüències amb més perspectiva: subratlla el perill que les pràctiques dilatòries de l'estat redueixin els drets de les persones afectades i insisteix en la necessitat de reforçar el paper dels pares en el procediment.
- (4) *Mills v. Board of Education of the District of Columbia*, 348 F. Supp. 866 (DCC 1972).
- (5) Aquesta terminologia és clàssica en les accions antidiscriminatòries. Els demandants van voler que el Tribunal apliqués el criteri més exigent en matèria de discriminació (el de l'escrutini estricte, el qual hauria obligat l'estat a demostrar un interès imperatiu que fonamentaria les disposicions incriminades). El tribunal va adoptar un criteri de prova menys exigent, el de la base racional. Aquesta diferència no tenia cap conseqüència en aquell cas concret. Tanmateix, il·lustra la reticència de la jurisprudència federal a extreure totes les conseqüències de la identificació dels disminuïts com a minoria sotmesa a una discriminació. El criteri de *strict scrutiny* està vinculat a la consideració que qualsevol classificació ja és sospitosa en ella mateixa, i que qualsevol diferència de tractament que afecti un dret fonamental, encara que sigui de manera indirecta, ha de ser fonamentada en un interès imperatiu de l'estat. A les nostres conclusions ens remetem a la posició adoptada posteriorment pel Tribunal Suprem en un altre afer.
- (6) D'aquesta manera, es va establir que si l'any 1965 46.000 nens disminuïts psíquics es beneficiaven, d'una manera o d'una altra, de l'educació pública a Pennsilvània, n'hi havia entre 70.000 i 80.000 que quedaven exclosos de qualsevol forma d'educació, de tractament o de responsabilitat comunitària.
- (7) *Wisconsin v. Constantineau*, 400 U.S. 433, 27 L Ed. 2d 515, 91 S. Ct. 507.
- (8) Sobre el camí que ha seguit aquest argument després de l'adopció de l'EAHCA, vegeu més endavant.
- (9) P.L. 94-142, esmenada per P.L. 98-199 (1983, 20 U.S. C. 1401 i següents). Ens hi referirem amb el nom d'EAHCA.
- (10) Vegeu ZUCKER (1984). De tota manera, una denúncia receptible davant una jurisdicció federal (*valid federal claim*) és possible sobre la base de l'esmena XIV i sense haver de passar per la mediació d'una llei federal. Una decisió (citada per HERR (1983), capítol V, nota 65) indica també la receptibilitat d'una denúncia fonamentada en la secció 504 de la *Rehabilitation Act* de 1973.
- (11) "*Individualized education program*". A partir d'ara, el designarem amb les inicials IEP.

- (12) HERR (1983, pàg. 120) lamenta que pocs estats hagin organitzat eficaçment una representació d'aquest tipus, la qual cosa representa un obstacle per a la desinstitucionalització.
- (13) Tipus de prova normalment requerit en matèria civil.
- (14) En analitzar els termes d'aquesta disposició, el Tribunal Suprem hi veu el fonament d'un poder discrecional estès (*broad discretion*), *Burlington School Committee ... v. Dep't of Education of Mass.*, 471 U.S. 359, 85 L. Ed. 2d 385, 105 S. Ct. 1996 (1985).
- (15) *Board of Education v. Rowley*, 458 U.S. 176, 573 L. Ed. 2d 690, 102 S. Ct. 3034 (1982).
- (16) Una opinió dissident, redactada pel jutge White, considera que la formulació de "*meaningful education*" proposada pel Tribunal no era gaire més aclaridora que la que havia d'interpretar d'"*appropriate education*".
- (17) Aquest criteri, el més favorable que ha estat proposat en la jurisprudència relativa a l'EAHCA, ha estat considerat excepcional; *Kruelle v. New Castle County School Distr.*, 642 F. 2d 687 (3d Cir. 1981). La sentència Kruelle és particularment interessant, ja que estableix que és impossible separar les necessitats emocionals d'un nen de les seves necessitats educatives. Encara que la mesura ordenada (un internament residencial de vint-i-quatre hores al dia) cobria igualment necessitats mèdiques i socials, la seva aplicació corresponia a les autoritats escolars. L'adopció d'un criteri d'apreciació menys exigent sobre l'educació no replanteja necessàriament una anàlisi basada en les necessitats globals del nen.
- (18) *Springdale School Dist. v. Grace*, 656 F. 2d 300 (8th Cir. 1981); *Gladys v. Pearland Ind. School Dist.*, 520 F. supp. 869 (S.D. Tex. 1981).
- (19) Aquest criteri va ser aplicat en: *Campbell v. Talladega County Board of Education*, 518 F. supp. 47 (N.D. Ala. 1981); *Armstrong v. Kline*, 476 F. supp. 583 (E.D. Pa. 1979).
- (20) *Battle v. Com. of Pa.*, 629 F. 2d 269 (C.A. Pa. 1980), on remand 513 F. Supp. 425; *Yaris v. Special School Dist. of St. Louis County*, 558 F. Supp. (D.C. Mo. 1983) affirmed 728 F 2d 1055; *Armstrong v. Kline*, 476, F. Supp. 583 (D.C. Pa. 1979), rem. on other grounds 629 F. 2d 269, on remand 513 F. Supp. 425.
- (21) Sentència *Kruelle*, esmentada en la nota 17; sentència *Gladys*, esmentada en la nota 18; *Papacoda v. State of Conn.*, 528 F. Supp. 68 (D.C. Conn. 1981).
- (22) *Adams Central School v. Deist*, 338 N.W. 2d 591, 215 Neb. 284, certiorari denied 104 S. Ct. 239.
- (23) *Boxall v. Sequoia Union High School District*, 464 F. Supp. 1104 (D.C. Cal. 1979).
- (24) *Campbell v. Talladega County Bd of Ed.*, 518 F. Supp. 47 (D.C. Ala. 1981). Aquesta prioritat, l'afirmen de manera especialment clara en certes decisions que recullen que la integració social preval sobre les consideracions d'eficàcia pedagògica. *Roncker v. Walter*, 700 F. 2d 1058 (C.A. Ohio 1983), certiorari denied 104 S. Ct. 196.
- (25) 34 C.F.R., par. 300, 13 (b) (10) 1984.

- (26) *Irving Indep. School Dist. v. Tatro*, 468 U.S. 883, 82 L Ed 2d 664, 104 S. Ct. 3371 (1984). En aquest cas es tractava d'una nena l'escolarització de la qual no es podia fer en condicions normals llevat que s'efectués un cateterisme intermitent ("CIC"). Entre els arguments que es van invocar a favor de la inclusió del "CIC" entre els serveis requerits per l'EAHCA, hi havia l'exigència d'integració escolar, el fet que el "CIC" és dispensat per infermers o per personal paramèdic i no per metges, i el seu cost relativament baix.
- (27) "La insuficiència de fons no pot eximir un estat de la seva obligació de garantir a un nen disminuït la igualtat d'accés als serveis educatius", sentència *Yaris*, esmentada en la nota 20.
- (28) *Clevenger v. Oak Ridge School Bd.*, 744 F 2d 514 (C.A. Tenn. 1984).
- (29) *Hessler by Britt v. St. Board of Md.*, 700 F 2d 134 (C.A. Md. 1983).
- (30) La consciència que hi haurà necessitats no cobertes encara durant força temps i la voluntat de reduir-les queda expressada —entre altres llocs— en una disposició de l'EAHCA, la qual, en els estats on correspon, declara obligatòria la formació d'un consell consultiu (*advisory panel*) compost per persones actives en l'àmbit de l'educació per als disminuïts (amb la presència de disminuïts, pares o tutors) perquè doni la seva opinió a les autoritats de l'Estat sobre les necessitats no satisfetes, per comentar públicament la regulació dels Estats i per ajudar l'Estat a efectuar avaluacions regulars (secció 613 (a) (12), 20 U.S.C. par. 1413 (a) (12)).
- (31) Sobre els debats a l'entorn del pressupost de 1987 de l'EAHCA, vegeu C.Q. Almanac, 1986, pàg. 196.
- (32) L'EAHCA abroga la immunitat dels Estats que resulta de l'esmena XI, perquè ha estat adoptada d'acord amb el poder del Congrés de fer aplicar l'esmena XIV i perquè autoritza explícitament a realitzar accions contra l'Estat i les autoritats locals (*Parks v. Pavkovic*, 536 F. Supp. 296 (D.C. Ill. 1982)). Cal assenyalar que aquesta formulació radical no és acceptada unànimement.
- (33) Es va establir la receptibilitat d'una *class action*, malgrat l'omissió que en fa del text de l'EAHCA i la seva orientació centrada en el tractament individual i els recursos individuals, *Roncker ... v. Walter*, 700 F. 2d 1058 (6th Cir.), cert. denied, 104 S. Ct. 196 (1983); tots els nens amb un C.I. inferior als 5 anys eren automàticament internats en escoles per a *Trainable mentally retarded*; *Crawford v. Pitman*, 708, F. 2d 1028 (5th. Cir. 1983); la limitació de l'any escolar a 180 dies crea un interès comú a tots els nens psíquicament o emocionalment disminuïts que es veuen afectats per aquesta mesura; seria inútil esperar l'exhauriment de cada recurs individual.
- (34) Rebuig d'una acció en l'absència d'un recurs administratiu: *McGovern v. Sullins*, 676 F. 2d 98 (C.A. Va. 1982). Rebuig d'una acció perquè el procediment administratiu és en curs: *Scruggs v. Cambell*, 630 F. 2d 237 (C.A. Va. 1980). Demandes receptibles malgrat que no hagin estat exhaurides les vies de recursos administratius: *Gary B. v. Cronin*, 542, F. Supp. 102 (C.D. Ill. 1980) (Illinois no ha establert un procediment significatiu —*meaningful*— de revisió administrativa); *Jose P. v. Ambach*, 699 F. 2d 865 (C.A.N.Y. 1982) (el Tribunal ha d'estar segur que un recurs com aquest no ha estat "inútil"); *St. Louis Developmental Disabilities Treatment ... v. Mallory*, 591 F. Supp. 1416 (D.C. Mo 1984), affirmed 767 F 2d 518.

- (35) *Max M. v. Thompson*, 566 F. Supp. 1330 (D.C. Ill. Ill. 1983).
- (36) La sentència *Burlington* del Tribunal Suprem (esmentada en la nota 14) indica que aquest poder de veredicté pot ser "prospectiu" (per al futur). Altres sentències reconeixen un poder d'injunció preliminar (vegeu *Parks v. Pavkovic*, esmentada en la nota 32).
- (37) *Fallis v. Ambach*, 710 F 2d 49 (C.A.N.Y. 1983).
- (38) Potser ha estat proposada una interpretació dissimètrica de l'*statu quo*: "Un pare que creu que el seu fill disminuït rep un servei inadequat per part de les autoritats escolars locals pot, mitjançant una acció unilateral, canviar el nen de lloc abans que s'exhauzeixin els procediments administratius; això no significa, però, que les autoritats administratives locals hi tinguin el mateix dret" (*Lamont v. V. Quisenberry*, 606 F Supp. 809 (D.C. Ohio 1984). Aquesta formulació és excepcional.
- (39) *Burlington School Committee ... v. Dept. of Education of Mass.*, 471 US 359, 85 L. Ed. 2d 385, 105 S. Ct. 1996 (1985).
- (40) Sentències que concedeixen danys i perjudicis perquè els demandants han provat la mala fe de les autoritats escolars: *Hurry v. Jones*, 560 F. Supp. 500 (D.C.R.I. 1983), affirmed in part, reversed in part 734 F d 879; *Max V. v. Thompson*, 592, F. Supp. 1437 (D.C. Ill., 1984); sentències que s'oposen a l'atorgament de danys i perjudicis: *Sanders ... v. Marquette Public School*, 561, F. Supp. 1361 (D.C. Mich. 1983) (la mala fe no ha estat provada); *Powell v. Defore*, 699, F. 2d 1078 (C.A. Ga 1983); *Marvin H.v. Austin Independent School Dist.*, 714 F. 2d 1078 (C.A. Tex. 1983) (aquesta sentència fa una distinció curiosa entre la mala fe en la decisió individual, que seria d'alguna manera compensada per la bona fe amb la qual les autoritats escolars creien aplicar les directrius de l'Estat); *Scokin v. Texas*, 723 F. 2d 432 (5th Cir. 1984).
- (41) *Smith v. Robinson*, 468 U.S. 992, 82 L Ed 2d 746, 104 S. Ct. 3457 (1984). L'opinió dissident del jutge Brennan observa que les normes adoptades després de l'EAHCA i la secció 504 estableixen un dret al reemborsament de les despeses judicials (secció 1988 i secció 505), i que la voluntat del Congrés no era que l'EAHCA abrogués implícitament aquestes disposicions, sinó que, contràriament, ha volgut autoritzar aquest reemborsament en qualsevol acció que impliqués una violació dels drets fonamentals i una discriminació enfront d'una persona disminuïda. La secció 1988 (42 USC par. 1988) forma part de la legislació orientada a protegir els drets fonamentals (*civil rights*), adoptada l'any 1976 (P.L. 94-559, 19 d'octubre de 1976), i preveu que un tribunal tindrà el poder discrecional d'acordar el reemborsament de les *Attorney's fees* en qualsevol procediment adreçat a un dret fonamental intentat sobre la base de les diverses lleis que protegeixen aquests drets. La secció 505 (29 USC par. 794 a (b)) forma part de les esmenes de 1978 a la *Rehabilitation Act*, i preveu igualment un poder discrecional dels tribunals per fer reemborsar les *Attorney's fees* en un procediment fonamentat en una violació de la secció 504.
- (42) P.L. 99-372 sobre els treballs preparatoris d'aquesta llei i les divergències entre les dues branques del Congrés. Vegeu C.Q. Almanac, 1986, pàg. 270-271.
- (43) GOLDEN (1982), pàg. 564.

CAPÍTOL IV

LA REDEFINICIÓ DELS ESTATUTS DE PROTECCIÓ

Els anys 60 i 70 han estat marcats per una revisió profunda del dret sobre el *civil commitment* i la tutela.¹ Aquí en veurem només els aspectes principals.

GARANTIES DE PROCEDIMENT ESSENCIALS

El Tribunal Suprem, en moltes sentències, ha definit les garanties de procediment essencials que han d'acompanyar qualsevol acció que tendeixi a una privació substancial de les llibertats de la persona.

*In re Gault*² va formular l'any 1967 les exigències essencials en aquesta matèria. Es tractava d'una mesura d'empresonament que afectava un menor d'edat en el marc de les lleis sobre la protecció de la joventut. El Tribunal Suprem va considerar que, malgrat les promeses d'un tractament individualitzat i de reeducació, una mesura de privació de llibertat com aquella havia de respondre a totes les garanties substancials del *due process*.

La formulació de la sentència *Gault* és extremament general. Això explica que hagi pogut servir de base per a decisions comparables en altres àmbits que no pas només el dels procediments relatius a la delinqüència juvenil.

D'aquesta manera, el Tribunal d'Apel·lació del 10è. Circuit,³ en un afer relatiu a l'internament d'un infant en una institució per a "dèbils mentals i epilèptics", va rebutjar l'argument de l'estat de Wyoming segons el qual la sentència *Gault* només s'aplicava als procediments relacionats amb la delinqüència juvenil.

"No hi fa res que el procediment sigui declarat 'civil' o 'criminal', o que la matèria sigui la inestabilitat psíquica o la delinqüència juvenil. És la versemblança d'un empresonament involuntari el que exigeix l'observació de les garanties constitucionals del due process, tant si es tracta de castigar un adult per un crim com de reeducar un jove delinqüent o de tractar i readaptar un dèbil mental o una persona psíquicament incompetent... El due process de

l'esmena XIV requereix que una persona impedida, o la que actuï en nom seu, sigui plenament informada dels seus drets i que tots aquests drets li siguin aplicats, llevat que hi renunciï en perfecte coneixement de causa (knowingly and understandingly)". Això implicava, en aquest cas, el dret a l'assistència d'un conseller judicial a cada etapa del procediment.

La sentència *Jackson v. Indiana*,⁴ de l'any 1972, concernia una mesura d'internament en un marc quasi penal (*pre-trial commitment*). Es tractava d'una persona sorda, muda i psíquicament disminuïda —d'un nivell mental comparable al d'un infant d'edat preescolar— que havia comès petits robatoris. El tribunal criminal, després d'haver efectuat un peritatge psiquiàtric, va ordenar l'internament de Jackson fins que el Departament de la Salut Psíquica d'Indiana pogués certificar al tribunal que "l'acusat era mentalment sà". L'advocat de Jackson va indicar que aquesta mesura equivalia a una cadena perpètua.

El Tribunal Suprem, després d'haver examinat les normes de l'Estat d'Indiana, va jutjar que un internament sense termini definit d'un acusat en matèria penal, sobre l'única base de la seva incapacitat per ser jutjat, no responia a les exigències del *due process* de l'esmena XIV. Va assenyalar que s'haurien pogut intentar altres procediments que haurien garantit d'una manera més eficaç els drets de Jackson i que haurien fet menys probable el seu tancament per a tota la vida, i va opinar que un internament vinculat a una incapacitat de comparèixer davant la justícia no pot depassar el període de temps raonablement necessari per determinar si és probable que la persona afectada podria, en un futur previsible, assolir aquesta capacitat.

La part dispositiva de la sentència contenia un passatge d'abast general sobre el *civil commitment* que indicava, sembla que per primer cop, la intenció ferma del tribunal d'estimular una revisió del dret en aquest àmbit: "*Els estats han exercit tradicionalment un poder ampli d'internar persones considerades malaltes mentals. Les limitacions substancials a l'exercici d'aquest poder i els procediments aplicats varien considerablement segons els estats. La manera particular segons la qual s'exerceix aquest poder—per exemple, mitjançant les diferents modalitats d'internament obligatori, les lleis sobre la delinqüència dels anormals, les lleis sobre els psicòpates sexuals, l'internament de persones absoltes a causa de la seva demència—reflecteix diverses combinacions de fonaments diferents que pretenen justificar l'internament. Els fonaments articulats d'aquesta manera inclouen la perillositat per a la mateixa persona i per als altres i la necessitat que algú se'n faci càrrec, que rebi un tractament o sigui readaptat. Tenint en compte*

el nombre de persones afectades, potser és remarcable que els límits constitucionals substancials d'aquest poder no hagin estat sotmesos més sovint al control judicial".

La sentència *O'Connor v. Donaldson*⁵ va confirmar l'orientació general d'aquesta jurisprudència. Va intervenir en un afer d'internament forçat i va permetre que el tribunal precisés la seva doctrina sobre els límits constitucionals de les normes que regulen aquest procediment.

"Una constatació de 'malaltia psíquica' no pot justificar per ella mateixa que l'Estat tanqui una persona contra la seva voluntat i la mantingui indefinidament en una reclusió l'únic objectiu de la qual és la custòdia (simple custodial confinement). Fins i tot si admetem la possibilitat de donar a aquest terme un contingut d'una precisió raonable i que el 'malalt psíquic' pugui ser identificat amb una exactitud raonable, no sempre hi ha una base constitucional per a la reclusió involuntària d'aquestes persones si no són perilloses i si poden viure en llibertat sense risc.

"¿Pot l'Estat recloure un malat psíquic amb l'únic objectiu d'oferir-li un nivell de vida superior al que tindria en una comunitat privada? És evident que l'Estat té un interès particular a proporcionar un tractament i una assistència a les persones que ho necessiten.

"Però la sola presència d'una malaltia psíquica no fa que una persona sigui incapaç de preferir la seva casa al confort d'una institució. A més, si bé l'Estat pot sens dubte recloure una persona per protegir-la, l'empresonament no constitueix pràcticament mai una condició necessària per arribar a la qualitat de vida de les persones capaces de sobreviure sense perill en llibertat, per elles mateixes o amb l'ajut de la seva família o dels seus amics. ¿Pot l'Estat marginar els malalts psíquics no perillosos amb l'únic objectiu d'evitar als seus ciutadans la visió d'unes persones que duen una vida diferent? També ens podríem preguntar si l'Estat, per evitar molèsties al públic, pot empresonar persones físicament repulsives o socialment excèntriques. La simple intolerància pública o l'animositat no poden justificar constitucionalment que algú sigui privat de la seva llibertat personal".

(Hem omès les referències que hi havia en aquesta citació.)

La sentència es referia explícitament a la sentència *Shelton v. Tucker*, que formula la doctrina dels mitjans mínimament restrictius.⁶

TIPUS DE PROVA QUE ES REQUEREIX

La sentència *Addington v. State of Texas*,⁷ en el context d'una legislació en plena transformació, va haver de precisar la doctrina del Tribunal Suprem sobre el tipus de prova que es requereix.⁸ El Tribunal Suprem de Texas havia jutjat que el tipus de prova exigit en matèria civil, el de la *preponderance of the evidence*, satisfia les exigències del *due process* en cas d'internament obligatori. El Tribunal Suprem federal es va reafirmar en la seva anàlisi de l'internament com una privació significativa de la llibertat. Va precisar que aquesta mesura podia tenir, a més, conseqüències socials desfavorables per a l'individu. Des d'aleshores, el tipus de prova exigit en matèria civil no garanteix una protecció suficient de la persona afectada.

Aquest tipus de prova, a més, només és exigit en dos estats.

D'altra banda, la prova en matèria penal, la prova més enllà d'un dubte raonable, no encaixa amb les subtileses i els matisos d'un diagnòstic psiquiàtric, basat en bona mesura en "impressions" que es desprenen d'una anàlisi subjectiva.

El Tribunal Suprem va indicar des d'aleshores que el tipus de prova exigit havia de ser almenys un tipus intermedi entre la prova civil comuna i la prova penal, el de la prova clara i convincent, sense que això no impedís, en el marc del federalisme, que alguns estats requerissin un tipus de prova més exigent, com el del procediment penal.

Aquesta afirmació dels principis essencials que haurien de garantir la llibertat individual en els procediments de *civil commitment* va donar lloc, en les jurisdiccions inferiors, a una reelaboració sistemàtica de les garanties de procediment.⁹

Aquesta reelaboració va ser acompanyada d'una revisió de les lleis en vigor en cada estat relatives a les dues grans categories d'estatut de protecció i de representació: el *civil commitment* i la *guardianship*.

REFORMA DE LES LEGISLACIONS RELATIVES AL CIVIL COMMITMENT

Sobre el *civil commitment*, les grans línies de la reforma legislativa, iniciada l'any 1967 amb l'adopció de la *Lanterman-Petris Short Act* a Califòrnia,¹⁰ són l'èmfasi posat sobre les garanties de procediment; la tendència a limitar les

causes d'internament en cas que es pugui establir la perillositat —per a ella mateixa o per als altres— d'una persona afectada de problemes psíquics; l'interès a facilitar la fi de l'internament (sovint limitat en el temps, de vegades precedit d'un període de prova).

Tanmateix, observem una clara inversió de tendència en molts estats. Partint de les ambigüitats d'una política de desinstitucionalització que no sempre garanteix un tractament adequat en un medi obert, i condicionades per les angoixes d'una part important de l'opinió pública, propensa a exigir a les institucions de salut psíquica que s'encarreguin de garantir la seguretat, les reformes legislatives més recents apunten en el sentit d'un retorn a criteris d'internament més amplis i que permetin que el cos mèdic o les autoritats administratives exerceixin un poder discrecional molt gran. Washington¹¹ ha estat, des de l'any 1979, l'estat pioner d'aquesta contrareforma: va reintroduir en la seva legislació —que havia estat esmenada el 1973 en un sentit liberal— la deficiència greu com a causa d'internament, i va ampliar la definició de perillositat amb la inclusió dels atemptats efectuats contra la propietat. Tendències anàlogues a aquesta han estat observades a Carolina del Nord, Texas, Alaska, Hawaii i Geòrgia.¹² En alguns casos (Carolina del Nord, Hawaii i Geòrgia) s'ha previst una fórmula d'internament que no implica la reclusió, sinó un tractament obligatori en centres oberts de cures comunitàries.¹³

Els canvis legislatius probablement només constitueixen la part més visible d'aquest fenomen. Així, després que les autoritats legislatives de l'estat de Nova York van haver rebutjat dues vegades projectes de reforma de la llei sobre l'internament, l'alcalde de la ciutat de Nova York va adoptar un pla que preveia l'internament forçat de les persones sense casa sobre la base d'una interpretació extensa de la noció de perillositat. Aquest projecte, que dóna a les autoritats administratives poders que sembla que excedeixen considerablement els que la llei havia previst, va ser molt controvertit.¹⁴

REFORMA DEL DRET DE LA GUARDIANSHIP

Quant a la *guardianship*, cal assenyalar en primer lloc la intervenció menys sistemàtica de les jurisdiccions federals en un àmbit on la limitació de la llibertat individual ha resultat afectada sens dubte de manera molt menys clara que en el cas de l'internament.¹⁵

En canvi, la refosa de les legislacions ha estat sistemàtica. La seva inspiració es remunta al “*Panel* presidencial sobre l’endarreriment psíquic” de l’any 1962, l’informe del qual recomanava diversos tipus de tutela:

- a) una tutela limitada de la persona, els límits de la qual serien determinats per la decisió judicial que ordenés la tutela;
- b) una tutela completa per a les persones mancades de qualsevol autonomia i de capacitat de decisió en la vida quotidiana;
- c) una tutela dels béns (*conservatorship*) per als adults capaços d’orientar-se en la vida de cada dia, però incapaçs d’administrar afers o interessos financers substancials;
- d) una tutela pública que permetria que les persones per a les quals no fos possible instituir una tutela privada es poguessin beneficiar d’una d’aquestes opcions.¹⁶

L’American Bar Association Commission on the Mentally Disabled va emprendre un esforç considerable per tal de perfeccionar aquests criteris.¹⁷

Les propostes de l’ABA¹⁸ assenyalen, entre altres coses, la importància d’establir una definició precisa de les persones que poden ser col·locades sota un estatut de protecció. La seva capacitat efectiva de rebre i avaluar la informació i/o comunicar decisions hauria de ser assolida fins al punt de no permetre’ls administrar el seu patrimoni o satisfer les necessitats essencials de la seva salut o la seva seguretat.

Les garanties de procediment haurien d’augmentar: dret a un conseller legal, nomenament d’ofici d’aquest conseller pel tribunal si no n’hi ha cap i obligació del conseller de deixar que el client determini quins són els seus interessos, llevat que en sigui incapaç.

Les audiències dedicades a la constatació de les condicions exigides d’incapacitat haurien de ser diferenciades de les adreçades a ordenar mesures de protecció. Aquestes mesures haurien de ser variades, i anar de la facilitació de serveis sobre una base diferent de la custòdia fins a la tutela plena (de la persona o dels seus béns), passant per procediments d’autorització o de ratificació de determinats actes jurídics, l’establiment d’un *trust*, serveis assumits per una residència comunitària o una tutela parcial.

El criteri que ha de presidir les opcions és el de l’alternativa mínimament restrictiva.

En els casos de tutela, el tutor tindria l'obligació de vetllar prioritàriament per les necessitats de salut i de seguretat de la persona, i pel seu dret a un entorn tan normal com sigui possible. El tutor en cap cas no tindria el dret d'internar la persona en una institució, o de donar el seu consentiment a certs actes mèdics (avortament, esterilització, cirurgia cerebral, donació d'òrgans, teràpia per electro-xocs), tret que la vida o la salut de la persona corregués un perill greu. No podria prohibir el casament o el divorci ni consentir a la privació de l'autoritat paternal. Tota la seva acció hauria de tenir com a orientació la salvaguarda dels drets personals i fonamentals de la persona i el desenvolupament màxim de la seva autonomia.

Per fer més efectiu el control de les tuteles sobre la persona, l'ABA proposa dos mecanismes. Un pla personal, elaborat amb un assistent social i, en la mesura que això sigui possible, amb la persona interessada, hauria d'indicar els serveis que responguessin a les necessitats essencials de la persona en matèria de sanitat i de seguretat, els mitjans que s'haurien d'aplicar i com les diferents parts (tutor, persona protegida, tutela col·lectiva, etc.) hauran d'exercir i compartir el seu poder de decisió. D'altra banda, caldria presentar informes regulars i indicar les raons eventuals que aconsellen no posar fi a aquesta mesura o no adoptar un estatut menys restrictiu.

Davant la impossibilitat de procedir a un examen general de les reformes legislatives, indicarem les grans orientacions de la reforma del dret tutelar vigent a Califòrnia.¹⁹

L'any 1968 va ser adoptada una primera llei, que preveia una tutela (*guardianship*) per a infants i per a adults greument disminuïts i una curadoria (*conservatorship*) per als adults disminuïts no tan greus. La diferència entre aquestes dues institucions consistia essencialment en el fet que la curadoria no implicava una declaració d'incapacitat i que, consegüentment, la persona afectada no perdia tots els seus drets.

D'altra banda, les institucions públiques de tutela i de curadoria es van estendre. Anteriorment només tenien a veure amb les persones que es beneficiaven de l'assistència pública o els pacients que hi havia en les institucions en l'àmbit del districte (*county*).

La legislació adoptada va ser un compromís entre diferents projectes, i sembla que no va assolir els objectius que s'havia proposat. L'any 1980 es va produir una nova reforma.²⁰ Les tuteles plenes dels adults disminuïts psíquics van ser abolides i van ser transformades en curadories. El principi plantejat és

que la persona protegida conserva tots els drets que no hagin estat confiats explícitament pel tribunal al curador (*conservator*). La finalitat d'aquesta tutela limitada és respondre a les necessitats de la persona i concedir-li d'aquesta manera una prioritat sobre els seus interessos patrimonials. Entre els drets que el tribunal pot atribuir al curador hi ha els de decidir la residència de la persona; tenir accés als dossiers confidencials que hi fan referència; signar contractes en nom seu; acceptar o refusar un tractament mèdic; permetre-li o impedir-li que es casi; prendre decisions que tinguin a veure amb la seva educació; controlar les seves relacions socials i sexuals.

El criteri adoptat per col·locar una persona sota curadoria és el d'una "*deficiència (disability) apareguda abans de l'edat de 18 anys, que es prolonga o previsiblement es pot prolongar de manera indefinida i constitueix una minusvalidesa per a l'individu... Aquest terme inclou el retardament psíquic, la paràlisi cerebral, l'epilèpsia i l'autisme*".

Hi ha una sèrie de garanties de procediment substancials que han estat previstes (compareixença personal de la persona afectada, dret a disposar d'un conseller judicial, dret a sotmetre l'afer a un jurat si ho desitja, investigació del tribunal sobre la persona afectada i sobre les qualificacions, les capacitats i la motivació del curador proposat, etc.).

L'ordre del Tribunal ha d'especificar les deficiències individuals que van determinar les incapacitats específiques. Un examen del funcionament de la tutela pública indica que, en conjunt, respon a les condicions formulades arran del debat que va preparar la reforma.

Posa a disposició de les persones afectades equips pluridisciplinaris competents. La flexibilitat de la tutela és assumida efectivament d'acord amb les necessitats individuals; la descentralització dels serveis (hi ha 21 centres regionals) permet donar una resposta a les demandes que sorgeixen a tot l'estat. El control judicial i el d'un curador subrogat són reals. Els dos punts febles, sembla que són que els centres regionals acumulen els càrrecs de dispensadors de serveis i el de tutor públic, la qual cosa genera conflictes d'interès, i el fet que els responsables d'aquests centres assumeixen la tutela d'un nombre massa elevat de persones i, per tant, difícilment poden garantir un tractament prou individualitzat.

Observem un contrast clar entre la revisió profunda dels estatuts de protecció i el no-replantejament de les incapacitats automàtiques que afecten determinats drets estrictament personals. En aquest àmbit, la reserva jurisprudencial

a exercir un control sobre el que sembla depassar el poder que els estats exerceixen per mitjà de la seva legislació és molt important. Ens limitarem aquí a fer un breu examen sobre dos d'aquests drets.²¹

El dret de vot

El dret de la majoria dels estats conté normes que impedeixen que determinades persones exerceixin el dret de vot. Les categories previstes sovint són definides mitjançant termes imprecisos: *idiot*, *insane*, *non compos mentis*.²² Segons un estudi publicat l'any 1979, només vuit estats no tenen normes explícites en aquest sentit.²³ En dos altres estats, la Constitució preveu la supressió del dret de vot dels malalts psíquics i dels discapacitats, però la legislació no ha organitzat l'aplicació d'aquesta norma. De vegades s'estableix un lligam automàtic entre el fet d'estar sota un estatut de protecció i la pèrdua del dret de vot. Així, 24 estats i el Districte de Columbia priven del vot les persones que es troben sota tutela, i quatre estats apliquen una regla anàloga a les persones internades. Un factor d'incertesa és l'existència de contradiccions de vegades evidents entre les constitucions i altres normes (lleis electorals, lleis que organitzen els serveis de sanitat psíquica, etc.).

Tot i que el Tribunal Suprem hagi reconegut el dret de vot com un dels drets fonamentals perquè protegeix tots els altres drets,²⁴ sembla que mai no ha exercit el control de la constitucionalitat d'aquestes normes que afecten les persones disminuïdes o amb problemes psíquics.

Diferents decisions dels tribunals suprems dels estats han replantejat l'exclusió automàtica del dret de vot, no tant el seu principi com la interpretació extensiva que se n'havia fet. Així, la sentència *Boyd*²⁵ del Tribunal Suprem de Massachusetts censura la privació del dret de vot de les persones internades en una institució de salut psíquica, ja que aquesta privació depassava els termes d'una esmena constitucional de l'any 1821 adreçada a les persones que estiguessin sota tutela. La sentència no resol la qüestió de la conformitat d'aquesta disposició amb la Constitució federal. Afirmar que les persones internades poden haver fet elles mateixes la demanda i que la tendència general de la legislació és protegir els drets fonamentals dels disminuïts psíquics independentment de la seva admissió voluntària o del seu internament en institucions. La sentència *Carrol v. Cobb* del Tribunal Suprem de Nova Jersey²⁶ aborda el problema de la pressumpció, que faria que tots els disminuïts psíquics fossin considerats *idiot* i tots els malalts psíquics, *insane*, en el sentit de la llei electoral d'aquest estat. A més, recull que la legislació de Nova Jersey prescriu que els pacients d'institucions de salut

psíquica han de poder exercir tots els seus drets fonamentals (*civil and religious rights*), llevat que n'hagin estat declarats incompetents, i que l'admissió en un hospital de salut psíquica no implica una pressumpció d'incompetència. La sentència es pronuncia per una verificació individual i motivada pel consell electoral local de la capacitat dels electors.

El dret al matrimoni

Nombrosos estats prohibeixen el casament de persones psíquicament incompetents.²⁷ Aquesta prohibició sovint és formulada en termes generals i vagues: "dèbils mentals", "idiotes", "imbecils". La justificació d'aquestes mesures varia considerablement: protecció de les persones declarades incapaces contra els actes dels quals no podrien mesurar l'abast, voluntat d'evitar que els nens descendents d'aquests matrimonis no depenguin de l'assistència pública, consideracions eugèniques basades en la convicció d'una transmissió hereditària de les deficiències i problemes psíquics. La sanció d'aquestes regles pot variar: anul·lació del casament, obligació d'obtenir un permís previ sense el qual un casament celebrat serà automàticament anul·lat, etc. Fins i tot hi ha sancions penals que poden afectar la persona que hagi celebrat el casament, i els esposos mateixos i tot (és el cas de Kentucky: si dues persones disminuïdes psíquiques es casen, cadascuna d'elles podria ser condemnada per haver ajudat l'altre a casar-se!).

En alguns casos s'exigeix un procediment d'autorització judicial. Fins l'any 1985, el dret de Carolina del Nord exigia una esterilització prèvia de la persona disminuïda.

La sentència *Zablocki v. Redhail*²⁸ ha consagrat el reconeixement per part del Tribunal Suprem del dret al casament com a dret fonamental per a tots els individus. El Tribunal recomana un control de les regles que limiten aquest dret, un control que s'ha de correspondre amb el grau d'interferència que les seves regles presenten quant a la possibilitat de casar-se. Així, una disposició en matèria de seguretat social que limiti els drets d'una persona casada²⁹ serà objecte d'un control mínim, perquè la influència que exerceix sobre l'opció de casar-se és insignificant. No hi ha gaires dubtes que les lleis que prohibeixen el casament de certes categories de persones disminuïdes o malaltes psíquiques formen part de les regles sobre les quals cal exercir un control estricte.

La jurisprudència ha demostrat tenir molta cautela, i no sembla que s'hagi aferrat als criteris de la sentència *Redhail* per controlar les regles que prohibeixen el casament dels disminuïts psíquics o d'algunes categories d'entre ells.³⁰

NOTES

- (1) Cal assenyalar l'existència d'un cert nombre de sentències anteriors que van ser, d'alguna manera, precursors de la revisió general que es va efectuar a partir dels anys 60. En *Schaffer v. Maller*, 108 Ohio St. 322, 140 N.E. 517, reproduïda a Burgdorf (1980), pàg. 550 i següents, el Tribunal Suprem de l'estat d'Ohio va jutjar, l'any 1923, que la llei sobre la tutela era anticonstitucional perquè en la seva secció 10989 preveia la possibilitat de nomenar un tutor en cas d'una "incompetència" que resultés d'una deficiència o d'una malaltia física. Aquesta disposició violava els drets inalienables de la persona protegida per la Constitució de l'estat.
- (2) *In re Gault*, 387 U.S. 18 L Ed. 2d 527, 87 S. Ct. 1428 (1967).
- (3) *Heryford v. Parker*, 396 F. 2d 393 (10th Cir. 1968).
- (4) 406 U.S. 715, 32 L 2d 435, 92 S. Ct. 1845 (1972).
- (5) 422 U.S. 563, 45 L Ed. 2d 396, 95 S. Ct. 2486 (1975).
- (6) Vegeu *supra*, nota 5 del capítol I.
- (7) 441 U.S. 418, 60 L Ed. 2d 323, 99 S. Ct. 1804 (1979).
- (8) L'interès d'aquesta anàlisi, segons la sentència, no és purament semàntic. El tipus de prova exigít reflecteix com a mínim el valor que la societat atribueix a la llibertat individual.
- (9) Podem trobar un examen més detallat d'aquesta evolució en la nota col·lectiva "Developments in the law - Civil commitment of the mentally ill", núm. 87 *Harvard Law Rev.*, pàg. 1190 (1974).
- (10) MILLS (1986) estudia les grans línies d'aquestes reformes legislatives.
- (11) DURHAM i PIERCE (1986) examinen l'evolució del dret de l'estat de Washington. La reforma de 1979 ha tingut com a resultat una duplicació del nombre d'internaments.
- (12) SULLIVAN, R., "Limits eased on committing the mentally ill", *New York Times*, 15 de juliol de 1986, B 1; GOLEMAN, D., "States move the ease law committing mentally ill", *New York Times*, 9 de desembre de 1986, C 1.
- (13) GOLEMAN (article esmentat en la nota anterior) recull que el finançament insuficient del tractament comunitari limita l'abast d'aquesta disposició. Carolina del Nord constitueix una excepció positiva en aquest sentit.
- (14) Podem seguir aquesta polèmica en les pàgines del *New York Times* de setembre de 1987. Vegeu sobretot: LAMBERT B., "Koch and public opinion: getting the homeless off the streets" (8 de setembre B 3); MEISLIN, R., "Why policy for mentally ill is faltering" (12 de setembre A 29); SIEGEL, N. i LEVY, R., "Koch's mishandling of the homeless" (17 de setembre A 35); BARBANEL, J., "Broad criteria set on homeless plan" (18 de setembre B 3).

- (15) Podem esmentar *Dale v. Hahn*, 486 F. 2d 76 (2d Cir. 1973), cert. denied 419 U.S. 826 (1974), que insisteix sobre les garanties de procediment (en aquest cas, la notificació) en un cas de tutela, però es tractava precisament d'una mesura consecutiva d'un internament.
- (16) BAZELON i BOGGS (1963).
- (17) A.B.A., "Commission on the Mentally Disabled", dins *Guardianship and conservatorship*, Washington, 1979.
- (18) Els resumim breument en la mesura en què es tracta d'un àmbit on l'elaboració jurisprudencial ha estat molt embrionària. La doctrina té un paper d'iniciativa autònoma molt més gran pel que fa al dret de la tutela que no en les altres matèries que hem examinat fins aquí.
- (19) Vegeu SPROGER, S., "Public Guardianship in California", dins *N.L.G.* (1985), pàg. 165. L'exposició que fem de la legislació de Califòrnia és un resum d'aquest estudi. Sobre el tipus de peritatge que s'exigeix en els processos de tutela i la importància de garantir-ne el caràcter pluridisciplinari, destaquem l'estudi —molt complet— de Hafmeister i Sales (1984).
- (20) Assembly Bill 2898, 6 de març de 1980.
- (21) Sobre el problema de l'autoritat paterna, de la qual sovint són privats els disminuïts psíquics sobre bases força vagues (de vegades n'hi ha prou amb una senzilla avaluació del quocient intel·lectual), ens remetem a PAYNE (1978) i HERTZ (1979). Quatre decisions recents, citades per MASON (1986, pàg. 210-215), confirmen, totes elles, la constitucionalitat de les disposicions que posen fi a l'autoritat paternal a causa de problemes psíquics.
La sentència *Santosky v. Kramer* (455 U.S. 745, 71 L. Ed. 2d 599, 102 S. Ct. 1388) defineix el tipus de prova exigida en aquesta matèria. El Tribunal Suprem es pronuncia per un llindar mínim de *clear and convincing evidence*, sense excloure que en alguns casos o en alguns estats es demanin criteris més exigents.
- (22) Nova Jersey inclou en aquestes categories els indigents (*paupers*); vegeu BURGDORF (1980), pàg. 1036.
- (23) Nota, 88 *Yale Law Journal*, 1644. Un estudi anterior, publicat l'any 1971, recollia que únicament quatre estats no havien previst aquestes normes (Brackel i Rock, *The mentally disabled and the law*, citat en BURGDORF (1980), pàg. 1036-1037).
- (24) *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972); *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). Aquesta darrera sentència fa una distinció entre els fonaments constitucionals d'un tractament igual en els processos electorals que no poden ser posats en dubte i el dret de vot que no es troba explícitament protegit per cap text. L'abast pràctic d'aquesta distinció sembla que no és significatiu.
- (25) *Boyd v. Board of Reg. of voters of Belchertown*, 334 N.E. 2d 629 (S. C. of Mass. 1975).
- (26) *Caroll v. Cobb*, 139 N.J. Super 439, 345 A. 2d 355.

- (27) Nota "Developments in the law: The Constitution and the family", 93 *Harvard L. Rev.* 1156 (1980), pàg. 1248 i següents; BURGDORF (1980), pàg. 918 i següents; MASON (1986), pàg. 216-219.
- (28) 434 U.S. 374, 54 L. Ed. 2d 618, 98 S. Ct. 673 (1978). En aquest cas, el Tribunal censura una llei que imposa una autorització judicial per casar-se a una categoria de persones que han de pagar una pensió alimentària a nens sobre els quals no tenen la custòdia. Moltes altres sentències havien afirmat la importància del dret de casar-se: *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); invalidesa d'una llei que prohibeix els casaments interracial.
- (29) *Califano v. Jobst*, 434 U.S. 47 (1977). La sentència *Redhail* esmenta aquesta decisió com a exemple d'interferència que no és ni directa ni substancial.
- (30) MASON (1986) esmenta dues sentències de tribunals d'apel·lació d'estats orientades en el sentit del reconeixement del dret al matrimoni de les persones sota tutela. *In re guardianship of Mikulanec* (356 N.W. 2d 683, Minn. 1984) preveu la designació d'un *conservator* que pot oposar el seu veto al casament segons consideracions pròpies del cas concret. *Geitner v. Townsend* (67 N.C. App. 159, 312 SE 2d 236, 1984) indica que una tutela general efectuada sobre la capacitat de contractar no s'estén al contracte del matrimoni.

CAPÍTOL V

LA PROTECCIÓ DELS DRETS FONAMENTALS I L'ADVOCACY

Els capítols precedents han fet veure fins a quin punt l'afirmació dels drets dels disminuïts depèn de la intervenció de les jurisdiccions federals i, per tant, de les iniciatives i de la pugnacitat de les organitzacions de defensa dels disminuïts.

Si la legislació federal ha pogut dur a terme diversos avenços importants, si la revisió de les legislacions dels estats ha portat la desaparició d'un cert nombre de disposicions discriminatòries o insatisfactòries en l'àmbit del procediment, no és menys veritat que l'evolució de la situació jurídica dels disminuïts psíquics depèn, de manera crucial, dels sistemes de protecció i d'*advocacy* disponibles.

El Congrés ha volgut garantir el funcionament d'aquests serveis per mitjà de l'adopció del *Developmentally Disabled Assistance and Bill of Rights Act* de 1975.¹

El DDABRA ha recorregut a la tècnica de les condicions que s'han establert per obtenir fons federals. Es presenta com una esmena a la llei sobre els serveis i les construccions d'establiments per a persones disminuïdes.

El terme utilitzat, *developmentally disabled*, no té equivalent ni en català ni en francès. Cobreix els disminuïts psíquics en la terminologia d'altres textos, com també una part dels disminuïts físics. Per no fer el text feixuc, utilitzarem el terme "disminuïts psíquics", per bé que és massa limitatiu, i remetem el lector a l'estudi de la terminologia que presentem en les conclusions.

El títol I del DDABRA revisa i amplia les disposicions de la llei anterior.

El títol II conté tres disposicions essencials.

La secció III (42 USC 6010) conté una declaració dels drets de les persones disminuïdes psíquiques. Afirmar el seu dret al tractament, a uns serveis i a una readaptació (*habilitation*) lligats a les seves deficiències, l'orientació de les quals es defineix en aquests termes: "*augmentar al màxim les capacitats de*

desenvolupament de la persona" i *"ser atorgades de la manera menys restrictiva de la llibertat personal"*.

El govern federal i els estats tenen l'obligació de no concedir fons públics a les institucions o als programes d'emplaçament residencial que no responguin a les necessitats de les persones i no respectin uns criteris mínims quant a alimentació equilibrada i cures mèdiques i dentàries; prohibició del constrenyiment físic, excepte en casos de necessitat absoluta i a prohibició d'aquest com a càstig o substitut d'un programa d'adaptació; prohibició d'un ús excessiu de procediments de constrenyiment químic i prohibició d'aquests procediments com a càstig o substitut d'un programa d'adaptació o en quantitats que s'interfereixin amb els serveis, el tractament o l'adaptació; permís concedit als familiars per visitar les persones internades en horaris raonables i sense haver-se d'anunciar; respecte de les normes de seguretat i de protecció contra el foc.

La juridicitat d'aquests drets presenta problemes. El llenguatge d'aquesta secció és el d'una exposició de motius (*"Congress makes the following findings..."*). Concretament, el paràgraf 2, referent a l'orientació, adopta una formulació optativa (*"should be designed"*). Recordem que el Tribunal Suprem, en l'afer *Pennhurst*, havia refusat crear nous drets substancials.²

L'explicació d'aquests límits prové menys d'un dubte del Congrés sobre la importància d'aquests drets³ que no pas dels inconvenients propis del federalisme americà. Mentre actua amb un reconeixement constant dels drets fonamentals dels disminuïts, el Congrés s'intenta protegir de les acusacions d'usurpar prerrogatives dels estats. I, aleshores, sembla que la seva estratègia es dibuixa en un nivell doble.

D'una banda, uns criteris estrictes fan referència a l'ús dels fons federals i obren la via a un control molt ampli de les jurisdiccions federals, que disposen d'un poder de decisió vast i eficaç, clarament superior a la sanció "clàssica" de la suspensió dels lliuraments, que té com a efecte evident penalitzar més els beneficiaris d'un programa als quals es vol fer reconèixer uns drets que no pas els estats o les autoritats locals que reben uns finançaments federals per a un programa com aquest.

D'altra banda, hi ha unes disposicions de caràcter molt més general que hi aporten, d'alguna manera, els criteris d'interpretació i modelen, sobretot a partir de les aportacions de la jurisprudència, el contorn general dels drets dels disminuïts, tal com resulta de l'esmena XIV. Aquestes disposicions són decla-

ratòries quant als aspectes essencials. La receptibilitat d'una acció i la sanció eventual per mitjà de decisions judicials no queden ben assegurades.

L'eficàcia d'aquesta estratègia depèn, en última instància, de l'articulació jurisprudencial entre aquests dos nivells. Una interpretació literal de cada acte legislatiu, considerat separatament, que reconeix jurídicament com a eficaces únicament les normes proveïdes de sancions i dins el context estricte del que, en la matèria de què es tracta, prové de la legislació federal, porta a limitar la importància jurídica dels drets reconeguts pel Congrés.⁴

La secció 112 (42 USC, paràgraf 6011) preveu l'adopció d'un pla individual, revisat anualment, per a qualsevol persona que es beneficia d'un programa afectat pel DDABRA. Aquest pla ha de ser presentat per escrit i elaborat conjuntament pel representant (o representants) del programa, que proveirà o coordinarà els serveis per als quals ha estat establert i per la persona afectada o, si cal, pels seus pares, pel seu tutor o per un altre representant.

El pla ha de contenir una declaració dels objectius de readaptació a llarg termini i uns objectius a mitjà termini. Seran formulats de manera que s'hi puguin apreciar els indicis de progrés. El pla descriurà com s'assoliran els objectius i quins són seus els obstacles. Es formularan uns criteris objectius d'apreciació, i és designarà un coordinador per vetllar per la realització del pla.

El pla tindrà una declaració (redactada de manera comprensible) dels serveis de readaptació específics, identificarà els òrgans que els asseguraran, indicarà el personal (i les qualificacions) que es requereixen i especificarà la data d'inici de cada servei, com també la seva durada prevista.

La secció 113 estableix que qualsevol estat beneficiari d'un finançament federal en el marc del DDABRA haurà de disposar, a tot estirar l'1 d'octubre de 1977, d'un sistema de protecció i d'*advocacy* de persones disminuïdes psíquiques. Aquest sistema haurà de tenir autorització per buscar solucions judicials, administratives i altres amb vista a assegurar la protecció dels drets de les persones que es beneficien d'un tractament, de serveis o d'una readaptació a l'estat. Haurà de ser independent de les autoritats de l'estat encarregades d'aquests serveis. Uns fons federals ajudaran els estats a finançar aquests serveis.

Aquests fons, d'un total anual de 3 milions de dòlars per als anys fiscals de 1976 a 1978, van augmentar considerablement entre 1979 i 1981 (15 milions de dòlars aquest darrer any), i van tornar a caure a 8 milions de dòlars de 1982 a 1984. A partir de 1984, el Congrés va obtenir un nou augment substancial del

finançament dels projectes de *protection and advocacy*: 14,6 milions per a 1986; 15,5 milions per a 1987.⁵

La dificultat d'una avaluació global prové de l'existència de dos paràmetres independents: les reformes efectuades pels estats per integrar la carta dels drets del DDABRA en els seus sistemes jurídics i la importància del finançament federal. La corba que dibuixen les variacions pressupostàries, semblant a la d'una muntanya russa, no és gens favorable a la continuïtat dels serveis.

Herr⁶ va fer, l'any 1979, una recerca sobre l'*advocacy* per als disminuïts psíquics. Era molt reservat quant a les conseqüències pràctiques del DDABRA: pocs estats havien modificat la seva legislació per institucionalitzar una representació i una defensa dels disminuïts psíquics; hi ha una feblesa estructural de la secció 113 i de la reglamentació complementària, ja que encarreguen els governadors que designin les persones i els serveis, que haurien de considerar la independència com un dels trets essencials.

Més recentment, un estudi comparatiu⁷ i una monografia sobre *Guardianship, Advocacy and Protective Services* d'Oregon⁸ fan suposar que la part essencial del finançament d'aquests serveis és assegurada per fundacions privades o contribucions dels pares.

En una carta recent, Herr⁹ és més optimista. Fa ressaltar el reforçament dels programes de *protection and advocacy*, la seva diversitat d'un estat a l'altre i la seva efectivitat a Maryland i Massachusetts.

NOTES

- (1) PL 94-103 (4 d'octubre de 1975), esmenat per PL 95-602 (6 de novembre de 1978), 42 USC, paràgraf 6000 i següents. Els designarem DDABRA. Assenyalem, en l'àmbit de la salut mental, l'adopció d'una llei molt més detallada que redefeix el *bill of rights* dels pacients dels serveis de salut mental: PL 96-398 (7 d'octubre de 1980), esmenat per PL 99-319 (23 de maig de 1986), 42 USC, paràgraf 10.841 (opuscle 1987).
- (2) Hi ha una decisió, estranya, que reconeix un dret privat d'intentar una acció sobre la base de la secció 111. *Naughton v. Bevilacqua*, 458 F. Supp. 610 (DCR I 1978), aff'd 605 F.2d 586. Es tractava d'una queixa contra la medicació excessiva a la qual s'havia sotmès un jove que havia anat voluntàriament a un institut psiquiàtric. Aquesta pràctica era considerada un tractament deliberadament destinat a controlar la persona, més que no pas a readaptar-la i desenvolupar-ne el potencial. Era considerada inútilment restrictiva. Analitzant els treballs preparatoris del DDABRA, el Tribunal va indicar que la suspensió del finançament no podia ser l'únic mecanisme que garantís un tractament adequat. Va subratllar que tant l'establiment de serveis d'*advocacy* com l'existència d'un dret privat d'intentar una acció eren crucials per protegir els drets enumerats pel DDABRA.
- (3) Els límits del nostre estudi no ens han permès examinar els treballs preparatoris d'aquesta llei. Diguem breument que el text adoptat representa un compromís entre les exigències molt més detallades, formulades en el *bill* del Senat i les de la Cambra de Representants —menys radicals—, que volia garantir el respecte dels criteris de base protegint les persones institucionalitzades de l'absència de tractament, és a dir, de tractaments inhumans.
Altres debats van tractar de l'extensió de la definició dels disminuïts que eren objecte de la llei. La conferència entre les dues branques del Congrés finalment va excloure la dislèxia i va confirmar la inclusió de l'autisme. Vegeu *Congressional Quarterly Almanac*, 1975, pàg. 591 i següents.
- (4) Aquest va ser el procés del Tribunal Suprem en la sentència *Smith v. Robinson* (vegeu *supra*). Les sentències *Pennhurst* i *Davis* reflecteixen, de manera menys conflictiva i polèmica, un acostament semblant. Es veurà, més endavant, que no ha estat així la posició del Tribunal Suprem en una sentència recent referent a la importància de la secció 504 del *Rehabilitation Act* (sentència *Arline*).
- (5) *Congressional Quarterly Almanac*, 1984, pàg. 421 i següents.
- (6) HERR (1979). Vegeu, en particular, pàg. 588 i següents.
- (7) APOLLONI, "Design elements of corporate guardianship models", dins *N.L.G.* (1985), pàg. 141. Quatre dels serveis examinats mencionen la seva funció d'*advocacy*. Sembla que només un s'ha beneficiat dels fons federals.
- (8) SOENNEKER, A., "Guardianship, Advocacy and Protective Services (GAPS) Program", dins *N.L.C.* (1985), pàg. 265. Vegeu, en particular, pàg. 271-272.
- (9) Carta que ens ha adreçat Stanley HERR el 10 de febrer de 1988.

CONCLUSIONS

En la mesura en què el dret americà dels disminuïts ha estat fos en el motlle de les normes antidiscriminatòries que sancionen certes conquestes del moviment de la minoria negra, el seu caràcter operatiu depèn en gran manera de dos processos: el primer consisteix a identificar el grup protegit i planteja el problema de la definició de la disminució i de la importància jurídica d'aquesta definició; la segona és igualment una operació d'identificació que no tracta dels límits del grup, sinó de la seva relació amb la societat global, una apreciació, en certa manera, de la mirada dels altres sobre el grup i de les conseqüències jurídiques que se'n decideix treure.

Si el primer procés és familiar al conjunt dels juristes, sigui quin sigui el seu sistema de referència, el segon és menys habitual, sobretot en els països de tradició romano-germànica, i pot contribuir a enriquir els debats sobre el principi general d'igualtat.

A. El problema de la definició del grup com a tal

No hi cap definició uniforme de la disminució en el dret americà.

La *Rehabilitation Act*¹ comporta una doble definició. La primera, s'aplica als subcapítols I i III, relatius als serveis de readaptació professional (*vocational rehabilitation services*) i als projectes de recerca i de formació, com també a un cert nombre de programes especials finançats per les autoritats federals. Aquesta definició indica que *el terme 'individu disminuït' es refereix a qualsevol individu (i) que té una deficiència (disability) física o psíquica que li comporta un handicap substancial o n'hi provoca per a l'ocupació, i (ii) que de manera versemblant es pot beneficiar dels serveis de readaptació professional des del punt de vista de la possibilitat de trobar ocupació*".

Els subcapítols IV i V tracten de diferents programes, especialment de recerca, i contenen les disposicions essencials que miren de combatre la discriminació (29 USC 791 i següents).

Per a l'aplicació d'aquestes disposicions, la definició d'individu disminuït és la següent: "*Qualsevol persona que (i) té una deficiència (impairment) física o psíquica que limita substancialment una o més activitats importants de l'existència d'aquesta persona o (ii) ha estat marcada en el passat per una*

deficiència d'aquesta mena² o (iii) es considera que la té". Per a l'aplicació de les seccions 793 i 794, i en la mesura que es refereixen a l'ocupació, una definició com aquesta no inclou ni un individu alcohòlic ni un toxicòman, al qual el consum d'alcohol o de drogues impedeix que compleixi les obligacions de la feina que fa o bé l'ocupació de la qual, per raó d'aquest consum d'alcohol o de droga, constituiria una amenaça directa a la propietat o a la seguretat d'altri.

La reglamentació federal³ precisa que la deficiència física o psíquica al·ludida en aquesta definició inclou una sèrie de desordres fisiològics, que són enumerats, com també desordres psíquics o psicològics, com l'endarreriment mental, síndromes orgàniques del cervell, malalties mentals o "emocionals" (pertorbacions del caràcter) i dificultats específiques per a l'estudi.

L'EAHCA defineix els nens disminuïts com a retardats mentals, parcialment sords, muts, amb deficiència de llenguatge o de paraula, disminuïts de la vista, afectats seriosament des del punt de vista ortopèdic o nens que tenen desordres específics en el camp de l'estudi i que, per aquestes raons, requereixen una educació especial i serveis connexos.

Aquesta definició de la versió esmenada de 1983 no difereix de manera significativa de la definició original de 1975.

El DDABRA defineix un trastorn en el desenvolupament com a:

- (A) (i) *atribuïble a l'endarreriment mental, la paràlisi cerebral, l'epilèpsia o l'autisme;*
- (ii) *atribuïble a qualsevol altra condició d'una persona estretament relacionada amb l'endarreriment mental perquè aquesta condició es tradueix en una deficiència anàloga de les funcions intel·lectuals generals o de les capacitats d'adaptació del comportament o que demani un tractament o serveis anàlegs als que requereixen les persones que pateixen endarreriment mental;*
- (iii) *atribuïble a la dislèxia que resulta d'una deficiència descrita en (i) o (ii);*
- (B) *trastorn que ha tingut origen abans que la persona hagi arribat als 18 anys;*
- (C) *trastorn que continua indefinidament o del qual es pot preveure que continuarà indefinidament;*
- (D) *trastorn que constitueix un handicap substancial a la capacitat d'aquesta persona per funcionar normalment en la societat.*

És cert que si s'hagués volgut continuar la recerca, per exemple examinant les normes de seguretat social, s'haurien pogut multiplicar els exemples de definicions diferents. Aquesta diversitat prové del fet que una persona pot ser més o menys disminuïda en relació amb situacions diferents. Així, en l'àmbit de l'educació, no s'esmenta en cap moment el caràcter permanent que es pot atribuir versemblantment a la deficiència al·ludida, mentre que aquest element apareix en la definició del DDABRA.

Qualsevol definició, en el nostre terreny, comporta riscos. Una perspectiva per categories recorre a categories mèdiques, que no són necessàriament unànimes. Dóna raó de manera insatisfactòria de la situació dels polidiminuïts o de persones que no entren exactament en una d'aquestes categories creades. Pot fins i tot induir a automatismes perillosos: qualsevol persona considerada inadaptada seria orientada cap a un tipus de servei, qualsevol persona considerada autista, cap a un altre tipus, sense que se n'hagi fet una avaluació individual satisfactòria de les necessitats.

Finalment, cal constatar que l'aproximació de categories per zones d'exclusió pot reintroduir un parer moralitzador sobre l'origen de l'handicap que lligui el reconeixement d'una situació d'handicap a una apreciació sobre la seva causa i la voluntat eventual de la persona afectada. Ho demostra el debat sobre el tema de l'"handicap voluntari" (els exemples esmentats més correntment són la toxicomania, l'alcoholisme i l'obesitat) marcat per la voluntat d'excloure del benefici de certes lleis aquelles persones que fossin responsables del seu handicap.⁴

Una aproximació funcional, en una mesura àmplia, pot respondre millor a la recerca de serveis específics individuals, però tendeix a ignorar la interacció entre l'individu afectat i el seu medi global en allò que pot tenir aquest medi de creador d'handicap.

Intervé aquí una de les aportacions més essencials del dret americà: l'assimilació de l'handicap a un estigma que enferrar-se a una situació objectiva n'agreuja considerablement les conseqüències per mecanismes d'exclusió social.

La recent sentència *Arline*⁵ del Tribunal Suprem és particularment important pel que fa al cas. Ens podem preguntar si no permetrà, en certs casos, donar a la *Rehabilitation Act* una dinàmica de la qual havia estat privat per la jurisprudència restrictiva que hem esmentat anteriorment. Es tractava aleshores d'una mestra afectada de tuberculosi que havien acomiadat de la feina. El Tri-

bunal Suprem va considerar que, segons la secció 504, les autoritats escolars tenien una obligació positiva de buscar una adaptació raonable de les condicions de treball d'aquesta persona i que un comiat eventual seria justificat només si es demostrava que, malgrat aquestes modificacions de les condicions de treball, la tuberculosi comportava un risc prou seriós de contagi per als alumnes. Podem imaginar-nos la importància d'aquesta decisió, que va topar amb una violenta oposició de l'administració federal, en un context no gaire serè, marcat per pressions diverses que volien infringir greument els drets fonamentals dels malalts de SIDA, és a dir, les persones seropositives.⁶

L'opinió del tribunal, expressada pel jutge Brennan,⁷ diu: *"Autoritzar la discriminació fonamentada en els efectes contagiosos d'una deficiència (impairment) física no seria conforme amb l'objectiu fonamental de la secció 504, que és assegurar que no es negui el treball o altres avantatges a individus disminuïts a causa de prejudicis o de la ignorància d'altres persones. En esmenar la definició d'individu disminuït, per tal d'incloure-hi no només els que estan realment afectats per una deficiència, sinó també els que són considerats com a tals i que, per tant, són substancialment limitats en una activitat essencial de la seva existència, el Congrés ha reconegut que els mites i els temors acumulats per la societat entorn de la deficiència i de la malaltia són tan creadors d'handicap com les limitacions físiques que provenen de la deficiència real. Pocs aspectes d'un handicap creen aquest nivell de por i d'incomprensió del públic com el contagi"*.

B. Una definició com a grup localitzat

No totes les distincions constitueixen sistemàticament una discriminació il·legítima. El desenvolupament de la construcció jurídica de l'esmena XIV és inseparable d'una avaluació de les relacions entre les minories sotmeses a estatuts particulars i la societat global.

Aquesta anàlisi basa el grau de control exercit per la justícia federal sobre les lleis dels estats. El Tribunal Suprem ha reconegut progressivament tres tipus de situacions: la de la classe suspecta, la de la classe quasi-suspecta i els casos en què les diferències semblen respondre a criteris sobretot objectius.

Les distincions que ha introduït en la primera categoria són les basades en la raça, l'estrangeria (*alienage* en el doble sentit que correspon a l'estranger i a la persona originària d'un altre estat dels Estats Units, és a dir, d'una altra municipalitat) i sobre l'origen nacional. Exerceix aleshores un control estricte

de la constitucionalitat de les normes, que exigeix que sigui provat que l'estat té un interès constrenyedor (*compelling*) per limitar un dret fonamental.

En la segona categoria entren les distincions fonamentades en el sexe o la il·legitimitat del naixement. Procedeix aleshores a un doble control intermediari, menys estricte, però tanmateix reforçat en relació amb el control ordinari, el del tercer cas, que tracta de la simple racionalitat de les normes contestades en funció d'un objectiu legítim.

Certament, aquesta limitació pot semblar formalista i es pot apreciar que, més enllà d'aquestes definicions, la jurisprudència ha creat un *continuum* de solucions que té en compte un nombre més gran de paràmetres i de la seva interacció⁸ (terreny jurídic en el qual s'inseriu la norma, natura del dret afectat, gravetat d'aquest dany, etc.). La definició de l'estatut global de la classe considerada no és menys important, si bé només com a indicatiu simbòlic de la voluntat de les jurisdiccions federals de protegir una minoria i del rigor del control al qual seran sotmeses les disposicions contestades.

La sentència *Cleburne* ha resolt la qüestió de la definició dels disminuïts com a grup localitzat. Ha estat emesa per un Tribunal profundament dividit: sis membres van signar l'opinió del Tribunal, però dos d'ells van emetre una opinió separada que relativitzava en gran manera la importància de la definició de la classe formada pels disminuïts psíquics; tres membres del Tribunal hi van elaborar una opinió dissident.

Aquesta sentència canvia la decisió del Tribunal d'Apel·lació del Districte Cinquè en allò que havia establert pel que fa al fet que l'endarreriment mental constituïa una classificació quasi-suspecta i que les normes que la prenen en consideració apuntaven, per tant, des d'aleshores a un nivell de control intermediari, ja que el nivell estricte no convenia pel fet que l'endarreriment mental és un factor pertinent en molts casos. L'opinió del Tribunal Suprem, redactada pel jutge White, creu que l'handicap no constitueix una classificació suspecta o quasi-suspecta en funció de quatre criteris.

- 1r. Els disminuïts psíquics tenen realment una capacitat disminuïda per respondre a les necessitats de la vida social contemporània. Hi ha, per tant, un interès pertinent i legítim de l'Estat a adoptar mesures específiques per a ells.
- 2n. Les respostes legislatives aportades desmenteixen l'existència d'una antipatia o prejudicis permanents que haurien justificat un control més rigorós per part del poder judicial. A més, un control d'aquesta mena

tindria l'efecte de frenar l'acció legislativa. Cal preservar una certa autonomia i flexibilitat en l'acció dels òrgans administratius.

- 3r. Aquesta acció legislativa desmenteix l'afirmació segons la qual els disminuïts psíquics estarien desproveïts de poder polític.
- 4t. Si es consideren els disminuïts psíquics com una classe quasi-suspecta, serà difícil no aplicar aquest criteri a altres grups que pateixen deficiències permanents, com ara la gent gran, els disminuïts (en general), els malalts mentals i els impeditos. No és aquesta la intenció del Tribunal.

Aquesta anàlisi no implica una absència completa de protecció contra la discriminació. El criteri considerat per controlar la constitucionalitat de les normes és el de la seva relació racional amb un objectiu governamental legítim. En aquest cas, el Tribunal Suprem confirma la decisió del Tribunal d'Apel·lació en tant que invalida el reglament municipal perquè reflecteix un prejudici irracional. Però ens podem preguntar com ho fan els jutges que hi han expressat una opinió dissident, si aquesta protecció no es demostra precària en el cas que els estats o les autoritats municipals decideixin adoptar normes més precises i més ben construïdes perquè resisteixen un simple control de racionalitat.

Les dues sentències que acabem de resumir fan la impressió d'un moviment de balanç que desaconsella fer avaluacions precipitades. En relació amb la majoria dels drets europeus, és impressionant per l'amplitud del control judicial que assegura l'efectivitat d'una sèrie de drets socials (en el sentit més ampli). La flexibilitat de les fórmules de procediment contribueix a aquesta situació, però sembla ser que les causes essencials se situen a una altra banda. Hi ha, per començar, la particularitat de l'edifici jurídic americà: dret del *common law* que atorga un lloc eminent a la jurisprudència en el marc d'un estat federal on el respecte a la Constitució és assegurat per un aparell judicial federal poderós, que actua a tres nivells i permet, així, una protecció eficaç dels interessos considerats essencials, incloent-hi la confrontació amb la legislació i el dret dels estats. A aquesta dinàmica pròpia de la construcció jurídica s'afegeix un factor extern, sociològic: el de l'extrema diversitat de valors que s'enfronten en la societat americana. Un estudi, fins i tot ràpid, de la jurisprudència permet fer desfilir, en pocs anys, les actituds més diametralment oposades, de l'eugenèsia a l'exigència d'una integració social integral, del paternalisme al respecte escrupulós de qualsevol voluntat, encara que sigui considerada comunament com a delirant o sense legitimitat. D'aquí prové aquesta impressió

d'una bel·ligerància constant, de batalles menades segons l'exemple dels combats per l'emancipació de la minoria negra. En cap altre país de la nostra recerca no hem trobat un reconeixement tan afermat de la conflictivitat dels drets. Aquesta perspectiva té això d'universal: que a tot arreu l'afirmació dels drets de les persones disminuïdes es presenta en antagonisme amb el dret existent. Certament, pot copiar-ne alguns mecanismes i pot invocar molts dels seus principis, però ens sembla que és sobre la construcció jurídica de la persona que els disminuïts psíquics susciten interrogants importants.

Si el model d'una batalla jurídica "a l'americana" no és transportable, evidentment, al vell continent, sí que hi podem trobar idees fecundes pel que fa a les exigències que cal formular en relació amb el dret europeu en formació, dins la seva influència en el dret intern dels països que li reconeixen una certa primacia.

NOTES

- (1) Esmentem les definicions esmenades dels complements 1984 a 29 USC 701 i següents. No comporten cap modificació substancial en relació amb el text original.
- (2) El text anglès diu "*has a record of such an impairment*" per indicar que, fins i tot en la hipòtesi que la persona es guareixi del tot, pot ser marcada "als ulls dels altres". Aquesta definició s'aplica també a les persones que han estat classificades erròniament en un grup caracteritzat per un handicap.
- (3) *Equal Federal Employment Opportunity*, 29 C.F.R., par. 1613. 702 (1983). Vegeu també U.S. Department of Labor, *Affirmative Action Program for Handicapped Persons*, 41 C.F.R. par. 60-741.2 (1983).
- (4) Vegeu Hyman (1981).
- (5) *School Board of Nassau Cty., Fa. v. Arline*, núm. 85-127, 55 USLW 4245 (3 de març de 1987).
- (6) Hammet (1986), en un estudi dedicat a la protecció dels nens afectats de SIDA contra l'exclusió escolar, es mostrava reservat quant a la possibilitat d'utilitzar l'EAHCA, o la secció 504 en aquest àmbit. El seu article recorda, tanmateix, una sentència interessant del Tribunal Suprem de l'estat de Nova York (*District 27 Community School Board v. Board of Education*, núm. 19.940/85, N.Y. Super. Ct., d'11 de febrer de 1986), que sembla anticipar d'aquesta manera la sentència *Arline*.
- (7) L'opinió dissident del *Chief Justice Rehnquist* considerava que tant la *Rehabilitation Act* com els seus treballs preparatoris no es pronunciaven sobre el punt de saber si una discriminació fonamentada en el caràcter contagiós d'una malaltia constituïa una discriminació d'acord amb un handicap. Concloïa que calia rebutjar una interpretació extensiva de la Secció 504 i que era inaplicable al cas jutjat.
- (8) És un dels arguments desenvolupats en l'opinió separada del jutge Stevens en la sentència *Cleburne* (vegeu, concretament, 473 US 451-452).

BIBLIOGRAFIA DEL DRET AMERICÀ

ALTMAN, J.:

"Implementing a civil rights injunction, a case study of NAACP v. Brennan", 78 *Columbia L. Rev.* 739 (1978).

APOLLONI, T. i COOKE, T. P. (ed.):

A new look at guardianship, Baltimore-London, Brooke, 1984. (Citada en el nostre text com N. L. G.).

BAGBY, J.:

"Mandatory appointment of counsel in Pennsylvania guardianship proceedings", 84 *Dickinson Law Review* 97 (1979).

BAZELON, D. I BOGGS, E.:

Report of the task force on law: The President's panel on mental retardation, Washington, 1963.

BLOCH, K.:

"The role of law in suicide prevention: beyond civil commitment. A bystander duty to report suicide threats", 39 *Stan. L. Rev.* 929 (1987).

BOLDERSON, H.:

"Disability benefits and administrative law judges in the United States of America", *Journal of Social Welfare Law*, 96, 1985.

BURGDORF, R. (ed.):

The legal rights of handicapped persons: cases, materials and text, Baltimore-London, Brookes, 1980.

CANTER, E.:

"Employment discrimination implications of genetic screening in the workplace under Title VII and the Rehabilitation Act", 10 *American Journal of Law and Medicine*, 347 (1984).

CARROLL, S. E.:

"Defining appropriate education for the handicapped: the *Rowley* decision", 27 *SLULJ* 685 (1983).

CHAMBERS, D.:

"The Reagan administration's welfare retrenchment policy: terminating social security benefits for the disabled", *Policy Studies Review*, vol. 5, núm. 2, nov. 1985, pàg. 230.

DRAKE:

"Enforcing the right to treatment: Wyatt v. Stickney", 10 *AM. Crim. L. Rev.*

DUNN, R.:

"Eugenic sterilization statutes: a constitutionnal reevaluation", 14 *Journal of Family Law* 280 (1975-76).

DURHAM, M. i PIERCE, G.:

"Legal intervention in civil commitment: the impact of broadened commitment criteria", *Annals, A.A.P.S.S.* 484, març 1986, pàg. 42.

DYBWAD, G. i HERR, S.:

"Unnecessary coercion: an end to involuntary civil commitment of retarded persons", 31 *Stan. L. Rev.* 753 (1979).

ERLANGER, H. i ROTH, W.:

"Disability policy. The parts and the whole", 28 *American Behaviour Scientist*, 319 (1985).

EWALD, L. S.:

"Medical decision making for children: an analysis of competing interests", 25 *S.L.U. L. J.* 689 (1982).

EWING, M.:

"Health planning and deinstitutionalization: advocacy within the administrative process", 31 *Stan. L. Rev.*, 679 (1979).

FISCH, W.:

"European analogues to the class action: group action in France and Germany", 27 *Am. J. of Comparative L.* (1979).

FORREST, A.:

Citizen advocacy. Including the excluded. A report by Amanda Forrest on Citizen Advocacy in North America. Sheffield Advocacy Project, 1986.

FRY, G.:

"The exceptional child's right to an approved private school program in Pennsylvania: practice and problems". 84 *Dickinson Law Review* 417 (1980).

GLUCK MEZEY, S.:

"Policymaking by the federal judiciary: the effects of judicial review on the Social Security Disability Program", *Policy Studies Journal*, vol. 14, núm. 3, març 1986, pàg. 343.

GOLDBERG, S. B.:

"The meaning of 'handicapped': Supreme Court profile", *ABA J.* 73: 56-61, març 1987.

GOLDEN, D.:

"Rights of handicapped", *A.S.A.L.* 555, 1982.

HAFEMEISTER, T. i SALES, B.:

"Interdisciplinary evaluations for guardianships and conservatorships", 8 *Law and Human Behavior* 335 (1984).

HANN, H.:

"Disability policy and the problem of discrimination", 28 *American Behavioral Scientist* 293 (1985).

HAMMET, L.:

"Protecting children with AIDS against arbitrary exclusion from school", 74 *California Law Review* 1373 (1986).

HERR, S.:

"The new clients: legal services for mentally retarded persons", 31 *Stan. L. Rev.* 553 (1979).

"Rights of disabled persons: international principles and American experiences", 12 *Columbia Human Rights Law Review* 1 (1980).

HERR, S.:

Rights and advocacy for retardad people, Lexington-Toronto: Lexington Books, 1983.

HERR, S., ARONS, S. & WALLACE, R. E.:

Legal rights and mental health care, Lexington - Toronto: Lexington Books, 1983.

HERSH, R. & WALKER, H.:

"Great expectations: making schools effective for all students", *Policy Studies Review*, vol. 2, núm. 1, gener 1983, pàg. 147.

HERTZ, R.:

"Retarded parents in neglect proceedings: the erroneous assumptions of parental inadequacy", 31 *Stan. L. Rev.* 785 (1979).

HYMAN, P.:

"Voluntary handicaps — should drug abuse, alcoholism and obesity be protected by Pennsylvania's anti-discrimination laws ?", 85 *Dickinson Law Review* 475 (1981).

JACOBS, L. G.:

"The right of the mentally disabled to marry: a statutory evaluation", 15 *Journal of Family Law* 463 (1976-77).

JOE, T. & FARROW, F.:

"Guides for special education policy", *Policy Studies Review*, vol. 2, núm. 1, gener 1983, pàg. 213.

JOST, D. T.:

"The problem of consent for placement, care and treatment of the incompetent nursing home resident", 26 *SLULJ* 63 (1981).

KATZ, A. & MARTIN, K.:

A handbook of services for the handicapped, Westport-London: Greenwood Press, 1982.

KLEINFELD, S.:

The hidden minority. A profile of handicapped Americans, Boston-Toronto: Little, Brown & Company, 1979.

LIPPINCOTT, M.:

"A sanctuary for people: strategies for overcoming zoning restrictions on community homes for retarded persons", 31 *Stand. L. Rev.* 689 (1979).

LIPPMAN, L. & GOLDBERG, I.:

Right to education. Anatomy of the Pennsylvania case and its implications for exceptional children, New-York - London: Teachers College, Columbia University, 1973.

LYNN, L. E.:

"The emerging system for educating handicapped children", *Policy Studies Review*, vol. 2, núm. 1, gener 1983, pàg. 21.

MAC MILLAN, E.:

"Birth-defective infants", 30 *Stan. L. Rev.* 599 (1978).

MASON, R. G.:

"Rights of the mentally disable", *A.S.A.L.* 195, 1986.

MERRITT, T.:

"Equality for the elderly incompetent: a proposal for dignified death", 39 *Stan. L. Rev.* 689 (1987).

MICKENBERG, N.:

"The silent clients: legal and ethical considerations in representing severely and profoundly retarded individuals", 31 *Stand. L. Rev.* 625 (1979).

MILLS, M. J.:

"Civil commitment of the mentally ill: an overview, *Annals, A.A.P.S.S.*, 484, 28 de març de 1986.

MORRISSEY, J. P. & GOLDMAN, H.:

"Care and treatment of the mentally ill in the United States: historical developments and reforms", *Annals, A.A.P.S.S.*, 484, 12 de març de 1986.

NATIONAL EDUCATION ASSOCIATION:

A teacher's reference guide to P. L. 94-142. Washington: National Educational Association, 1978.

NORTHROP, J. P.:

Old age, handicapped and Vietnam Era antidiscrimination legislation, Philadelphia: Industrial Research Unit, Wharton School, U. of Pennsylvania, 1980.

OLENICK, D. J.:

"Accommodating the handicapped: Rehabilitating section 504 after *Southwestern*" 80 *Columbia Law Review* 171 (1980).

OLSON, W. J. & KANTER, A.:

"Patient's rights", *A.S.A.L* 321, 1981.

PAYNE, A.:

"The law and the problem parent: custody and parental rights of homosexual, mentally retarded, mentally ill and incarcerated parents", 16 *Journal of Family Law* 797 (1978).

PERRY, M. J.:

"Modern equal protection: a conceptualization and appraisal", 79 *Columbia Law Review* 1023 (1979).

PLOTKIN, R. & RIGLING GILL, K.:

"Invisible manacle: drugging mentally retarded people", 31 *Stan. L. Rev.*, 637 (1979).

ROOS, P.:

"The law and mentally retarded people: an uncertain future", 31 *Stan. L. Rev.* 613 (1979).

ROSENBERG, N. & FRIEDMAN, P.:

"Developmental disability law: a look into the future", 31 *Stan. L. Rev.* 817 (1979).

ROSENTHAL, A.:

"Conditional federal spending and the Constitution", 39 *Stan. L. Rev.* 1103 (1987).

SCHMIDT, J.:

"La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, *Revue Internationale de Droit Comparé*, pàg. 43, 1-1987.

SCOTT, E.:

"Sterilization of mentally retarded persons: reproductive rights and family privacy", *Duke Law Journal*, 806, 1986.

SCULL, A.:

Decarceration. Community treatment and the deviant - a radical view, 2nd ed., Cambridge: Polity Press, 1984.

SHAH, S. A. (ed.):

"The law and mental health: research and policy", *Annals, A.A.P.S.S.*, núm. 484 (1986).

TAYLOR, S. & BIKLEN, O.:

Understanding the law. An advocates guide to the law and developmental disabilities, Syracuse (N.Y.): Human Policy Press, 1980.

THOMAS, H.:

"Low intelligence of the parent: a new ground for state interference with the parent-child relationship ?", 13 *Journal of Family Law* 379 (1973-74).

TURNBULL, H. R.:

The law and the mentally handicapped in North Carolina, Chapel Hill: University of North Carolina Institute of Government, 1979. (ed.) *Consent handbook. Task force of the AAMD legislative and social issues committee*, 1975-76, Washington: American Association on Mental Deficiency, 1977.

VANBIERVLIET, A. & SHELDON-WILDGEN, J.:

Liability issues in community-based programs, Baltimore-London: Paul Brookes, 1981.

WEISER-BARON, L.:

"Injunctive relief from State violations of federal funding conditions", 82 *Columbia Law Review* 1236 (1982).

ZUCKER, D.:

"Rights of the handicapped: Education", *A.S.A.L.*, 575, 1984.

Obres colectives o anònimes:

"Anti-Institutionalization: The promise of the *Pennhurst* Case", 31 *Stan. L. Rev.* 717 (1979).

"Civil restraint, mental illness and the rights to treatment", 77 *Yale Law Journal* 87 (1967).

"Developments in the law: civil commitment of the mentally ill", 87 *Harv. L. Rev.* 1190 (1974).

"Developments in the law: the Constitution and the family", 93 *Harv. L. Rev.* 1156 (1980).

"Developments in the law: zoning", 91 *Harv. L. Rev.* 1427 (1978).

"Enforcing the right to an 'appropriate' education: the Education for All Handicapped Children Act of 1975", 92 *Harv. L. Rev.* 1103 (1979).

"Mental disability and the right to vote", 88 *Yale L. J.* 1644 (1979).

BIBLIOGRAFIA GENERAL

La bibliografia relativa al dret americà de les persones disminuïdes psíquiques es troba al final de l'informe complementari que se n'ocupa, pàgines 187-194.

1. ESTUDIS GENERALS I COMPARATIUS. ORGANITZACIONS INTERNACIONALS

ABEL-SMITH, B.:

Dispositions de sécurité sociale en faveur des invalides permanents dans huit pays de la Communauté Européenne, Brussel.les, Comissió de les Comunitats Europees, Document V/556/81-FR, 1981.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TREBALL:

Normes internationales du travail concernant la réadaptation professionnelle. Guide pour leur application. B.I.T. Ginebra, 1984.

CARNEY, T. & SINGER, P.:

Ethical and legal issues in guardianship options for intellectually disadvantaged people. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1986.

COMISSIÓ DE LES COMUNITATS EUROPEES:

Séminaire sur l'emploi des personnes handicapées. Brussel.les, 21-23 març, 1984. Brussel.les, Document V/1797/84-FR.

Analyse des mesures et tendances dans les États membres pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées. Estudi realitzat pel Centre de Sociologia del Dret Social sota la direcció del professor Vogel-Polsky. Luxemburg, 1984.

L'intégration scolaire. Informe d'un grup de treball, 1985-1986. S.L.: Xarxa Comunitària de Centres de Readaptació, 1986.

CONSELL D'EUROPA:

Protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.

Recommandation n° (83)2 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et Exposé des Motifs. Estrasburg: Consell d'Europa, 1983.

Une politique cohérente en matière de réadaptation des personnes handicapées. (Résolution AP (84) 3 adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre 1984). Estrasburg, 1984.

CONSELL D'EUROPA:

Études sur la responsabilité pénale et le traitement psychiatrique des délinquants malades mentaux. (7è col.loqui criminològic, Estrasburg, 25-27 novembre 1985) Estrasburg, Consell d'Europa, 1986.

Mise en oeuvre de la Convention Européenne des droits de l'homme à l'égard des jeunes personnes et des enfants faisant l'objet d'une mesure de placement, y compris dans les institutions, à la suite d'une décision des autorités administratives ou judiciaires. Réponses des gouvernements à une enquête de Secrétaire Général en vertu de l'art. 57 de la Convention européenne des droits de l'homme. Estrasburg: Consell d'Europa, 1986.

Mesures visant à promouvoir l'intégration sociale des personnes handicapées mentales, Estrasburg, 1986.

Réadaptation des personnes handicapées. Rapport d'activité 1985-1986. Accord partiel dans le domaine social et de la santé publique. Estrasburg, 1986.

DAVID, R.:

Les grands systèmes de droit contemporains (setena edició) París: Dalloz, 1978.

GOFFMAN, E.:

Stigmate. Les usages sociaux des handicapés. París, Édit. de Minuit, 1975.

HEMMEN, E.:

Réflexion sur le thème de l'intégration, Luxembourg, Ligue H.M.C., s.d.

HERR, S.:

"Rights into action: protecting human rights of the mentally handicapped", *Catholic University Law Rev.*, vol. 26, 1977, nb 2, pàg. 203-318.

"Law and mental retardation: international trends and reforms", *International Digest of Health Legislation*, 1987, 38 (4), pàg. 849 i següents.

I.L.S.M.H.:

Symposium on guardianship of the mentally retarded. Conclusions. (Sant Sebastià, 29-31 maig, 1969). Nova Delhi, I.L.S.M.H., 1977.

Report on guardianship of the mentally retarded throughout the world. Sant Sebastià: Servei d'informació internacional sobre retardament mental, 1975.

La protection de la personne handicapée mentale. Seminari internacional, (Gant, maig 1980). Gant, s.n., s.d.

van de KERCHOVE:

Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis. Brussel.les: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

KOPELMAN, LORETTA & MOSKOP, J.:

Ethics and mental retardation. Dordrecht-Lancaster, D. Reidel, 1984. P.

LOCHAK, D.:

"Réflexions sur la notion de discrimination".

Droit social, 1987, núm. 11, pàg. 778.

MANGIN, G.:

Les handicapés et leur emploi. Étude rapprochant la législation et les principales statistiques sur la réadaptation des personnes handicapées dans les pays de la Communauté Européenne. Nancy: Nancy-Thèses, s.d.

ORIANNE, P.:

"Valeurs et méthodes dans le système juridique: le rôle de l'égalité", dins *L'égalité*, vol. VIII, Brussel.les 1982, pàg. 583.

REVAULT D'ALLONES, C.:

"Procréation, sexualité des handicapés. Gestion et contrôle social. Perspectives nouvelles", dins: *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*. 15a. conferència de recerques criminològiques. Estrasburg, 22-25 novembre 1982, pàg. 81, Estrasburg: Consell d'Europa, 1984.

RIPARTIZIONE ASSISTENZA E SICUREZZA SOCIALE DEL COMUNE DI MILANO:

Le persone handicappate nella città. Actes de la 10a. Convenció d'Alcaldes de les Grans Ciutats del Món. Milà: Franco Angeli Editore, 1982.

SAULLE, M.R.:

The disabled persons and the international organizations. Roma, International Documentation Ent., 1981.

"Problemi degli handicappati dal punto di vista giuridico, sociale e scolastico". *Affari sociali internazionali*, núm. 4, 1983, pàg. 147.

"Da Liubiana a New-York, un'occasione forse non ancora perduta". *ANFASS famiglie*, núm. 30, oct-des. 1987, pàg. 32.

STIKER, H.J.:

Corps infirmes et sociétés. París: Aubier Montaigne, 1982.

STUBBINS, J.:

The clinical attitude in rehabilitation: a cross cultural view. Nova York: World Rehabilitation Fund, 1982.

UNESCO:

Étude juridique de la protection des droits de l'enfant handicapé offerte par les différents instruments internationaux, Document UNESCO SS-81/W 18, 1981.

VAN AMELSVOORT, L.:

"La sécurité sociale et les handicapés". *Revue Belge de Sécurité Sociale*, gen.-feb. 1987, pàg. 164-170.

VAN LANGENDONCK, J.:

Algemene informatieversteking en individuele begeleiding i.v.m. de sociale zekerheid. Lovaina-Brussel.les: Koning Boudewijnstichting, 1986.

2. ALEMANYA OCCIDENTAL

BUNDESMINISTER DER JUSTIZ:

Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgezet- Btg) S.l.: Bundesminister der Justiz, 1987.

HELLMAN, V. (ed.):

Beiträge zur Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts für Menschen mit geistiger Behinderung. Marburg/Lahn: Bundesvereinigung Lebenshilfe für Geistig Behinderte, 1986.

LACHWITZ, K.:

Legal and social rights of mentally handicapped persons. West Germany, (Informe presentat al IX Congrés mundial de l'ILSMH, Rio de Janeiro, 21-29 agost 1986).

VERBAND ANTHROPOSOPHISCHER EINRICHTUNGEN FÜR HEIL-PÄDAGOGIK UND SOZIAL-THERAPIE e. V. i altres:

Positionspapier überlegungen zur Reform des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts aus der Sicht der Lebenssituation von Menschen mit geistiger Behinderung. S.l.: s.n., 1987.

3. DRET ANGLÈS

ADVOCACY ALLIANCE:

Guideline for one-to-one advocacy in mental handicap hospitals, Londres: Advocacy Alliance, 1984.

BEAN, P.:

Compulsory admissions to mental hospitals, Chichester - Nova York - Brisbane - Toronto: John Wiley and sons, 1980.

Mental disorder and legal control, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

BROWN, J.:

The disability income system, Londres: Policy Studies Institute, 1984.

CARSON, D.:

"Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act 1986",
Journal of Social Welfare Law, 1986, 362.

COX, B.:

The law of special educational need. A guide to the Education Act, 1981,
Londres: Croom Helm, 1985.

DAVID, R.:

Les contrats en droit anglais, Paris: L.G.D.J., 1973.

DONGES, G.:

Policymaking for the mentally handicapped, Aldershot: Gower, 1982.

DYER, C.:

"Consent to treatment and criminal responsibility in the mentally ill", *British Medical Journal*, vol. 295, 1402, (1987).

"Compulsory treatment in the community for the mentally ill ?", *British Medical Journal*, vol., 295, 991, (1987).

FREEMAN, M., LYON, C.:

The law of residential homes and day-care establishments, Londres: Sweet and Maxwell, 1984.

GOSTIN, L.:

"Human rights, judicial review and the mentally disordered offender", *Criminal Law Review*, 1982, 779.

The Court of Protection: a legal and policy analysis of the guardianship of the estate, Londres: MIND, 1983 (A).

A practical guide to Mental Health Law. The Mental Health Act 1983 and related legislation, Londres: MIND, 1983 (B).

"The ideology of entitlement: the application of contemporary legal approaches to psychiatry", dins: Bean, P. (ed.): *Mental illness: changes and trends*, Chichester: John Wiley, 1983 (C), 270.

GOSTIN, L & RASSAKY, E.:

Representing the mentally ill and handicapped: a guide to Mental Health Review Tribunals, Sundbury: Quatermine House Ltd, 1980.

GUNN, J.:

"Mental Health Act guardianship: where now ?", *Journal of Social Welfare Law*, 1986, 144.

HANNON, V.:

"The Education Act 1981: New rights and duties in special education", *Journal of Social Welfare Law*, 1982, 275.

HIRST, M.:

Sécurité et insécurité sociales: Les jeunes handicapés au Royaume-Uni", *Revue Internationale de la Sécurité Sociale*, 1985, núm. 3, pàg. 283.

HOGGETT, B.:

"Rights and responsibilities of the mentally handicapped", *APEX, J. Brit. Inst. Ment. Hand.*, vol. 9, núm. 2, 67 (1981).

Mental Health Law, 2a. ed., Londres: Sweet and Maxwell, 1984.

JONES, R. M.:

Mental Health Act manual, Londres: Sweet and Maxwell, 1985.

LAW SOCIETY GROUP FOR THE WELFARE OF PEOPLE WITH A MENTAL HANDICAP:

Working Party Papers, Londres: s.n., 1985.

MENTAL HEALTH ACT COMMISSION:

Consent to treatment, Londres: The Commission, 1985.

MILMAN, D.:

"The Education Act 1981 in the Courts", *Journal of Social Welfare Law*, 1987, 208.

MUCHLINSKI, P.:

"Mental patients' rights and the European Human Rights Convention", 5 *Human Rights Review*, 90 (1980).

PEAY, J.:

"Mental Health Review Tribunals: just or efficacious safeguards ?", 5 *Law and Human Behaviour*, 161.

ROYAL SOCIETY FOR MENTALLY HANDICAPPED CHILDREN AND ADULTS:

A parents' guide to the Mental Health Act 1983, Londres: MENCAP, 1983.

STANDING CONFERENCE OF VOLUNTARY ORGANISATIONS (SCoVO) WORKING FOR MENTALLY HANDICAPPED PEOPLE IN WALES:

Report of the Advocacy Working Group: a working document as updated by SCoVO September 1986, Caerphilly: SCoVO, 1986.

UNSWORTH, C.:

The politics of Mental Health legislation, Oxford: Clarendon, 1987.

WORTLEY, B. A.:

"Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1962, pàg. 699.

4. BÈLGICA

ANAHM:

La minorité prolongée. Dix ans d'application de la loi du 29 juin 1973. Brussel.les, ANAHM, textos de la jornada d'estudi del 4 de novembre de 1983.

"Quels sont les droits de la personne handicapée mentale ?" Lieja. *Bulletin d'information de l'ANAHM-Liège*, octobre 1985.

BERENBOOM, A. et van de KERCHOVE, M.:

"Le fou, son médecin et son juge. Examen du projet de loi relatif à la protection de la personne des malades mentaux". *J.T.*, 1975, pàg. 725 i següents.

BODSON, P.:

"Observations concernant la loi du 29 juin 1973". *J.J.P.*, 1973, pàg. 193-199.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL À LA PROMOTION DU TRAVAIL:

La réadaptation et le reclassement social des handicapés. (2a. edició revisada i corregida). Brussel.les, Commissariat général à la promotion du travail, 1980.

DECEUNINCK, E.:

De la minorité prolongée. Aide-mémoire à l'usage des tuteurs. Brussel.les: ANAHM, 1979.

DELFOSSÉ, M.L.:

"L'expérimentation médicale sur l'être humain en droit belge". *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1988, 11319.

FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE:

Pour les incapables majeurs un vide juridique ? Journées notariales, Charleroi 1983.

GLANSDORFF, F.:

"La responsabilité contractuelle des malades mentaux et des autres personnes atteintes d'un trouble physique ou mental. (Note sous Cass. 29 novembre 1984)", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1987, pàg. 223.

FLAHAUT, F.:

Le reclassement social des handicapés. Brussel.les, Institut Émile Vandervelde, 1980.

GILLARDIN, J.:

Malades Mentaux: patients ou sujets de droit ? Brussel.les: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1985.

GILLARDIN, J. et van de KERCHOVE, M.:

"Examen de jurisprudence: malades et déficients mentaux". *J.T.*, 1983, pàg. 443 i següents.

GROUPE D'ÉTUDE POUR UNE RÉFORME DE LA MÉDECINE:

"Santé mentale: quelles stratégies de changement ? 2è partie: bilan et avenir de l'extra-hospitalier". *Cahier du Germ*, núm. 184/185, 1984.

HENNAU-HUBLET, C.:

L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes. Brussel.les-Paris, Bruylant - LGDJ, 1987.

KEBERS, A.:

"Arriération mentale et minorité prolongée", *J.T.*, 1969, pag. 673-675.

"La loi du 29 juin 1973 instituant la minorité prolongée des arriérés mentaux". *Revue Notariale Belge*, 1975, pag. 347-379.

"La minorité prolongée et le droit 'non privé'", dins *Rapport de la journée d'étude concernant le statut de la minorité prolongée.* Brussel.les, 1977.

van de KERCHOVE, M.:

"Le juge et le psychiatre. Évolution de leurs pouvoirs respectifs", dins: Gérard, Ph. ; Ost, F. et van de Kerchove, M., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Brussel.les: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983.

MARON, A.:

"Commentaires de l'arrêté royal du 5 juillet 1963 concernant le reclassement social des handicapés". *Revue du travail*, núm. 7, juliol 1963.

"Le reclassement social des handicapés", dins Troclet, L.E. (dir.). "Accidents du travail et maladies professionnelles", *Les Nouvelles, Droit Social*, Tome IX, Brussel.les: Larcier, 1975.

Déficiência mentale et législation en Belgique. Brussel.les: F.N.R.S.H., 1984.

MASSON, J.P.:

"Le survivant des père et mère peut-il demander le remplacement de la puissance paternelle par la tutelle ? Obs. sous Bruxelles", 28 maig 1974. *J.T.* 1974, pag. 516.

MOUGENOT, R.:

"La minorité prolongée des arriérés mentaux". *J.T.* 1973, pag. 476-479.

PAUWELS, J.:

"De staat van verlengde minderjarigheid". *R.W.* 1973-74 col. 673-722.

THIENPONT, W.:

Je rechten als gehandicapte. Berchem: EPO, 1982.

VAN MALDEREN, C.:

"Verlengde minderjarigheid en sekwestratie ten huize". *R.W.*, 1975-76, col. 1921 i següents.

VIEUJEAN, E.:

"La minorité prolongée". *Ann. Fac. de Liège*, 1977, pàg. 15-17.

VORMINGSINSTITUUT VOOR BEGELEIDING VAN GEHANDICAPTEN:

Verlengde minderjaardigheid. Lovaina-Anvers: VIBEG, 1982.

WAUTERS-VAN BUGGENHOUT, B.:

Het juridisch statuut van de minder-valide. Gant-Lovaina: Instituut voor Sociaal Zekerheidsrecht, Story-Scientia, 1975.

5. ESPANYA

ASOCIACIÓN GUIPUZCOANA PRO-SUBNORMALES:

Jornadas de estudio sobre la tutela de los deficientes mentales. Sant Sebastià, juny 1986.

AZÚA, P.:

Derechos legales y sociales en países industrializados - la experiencia española. (Informe presentat al IX Congrés Mundial de l'ILSMH, Rio de Janeiro, 21-29 d'agost de 1986).

DÍAZ CASANOVA, M.:

El asociacionismo de los minusválidos entre organización y movimiento social. Madrid: Ministerio de trabajo y seguridad social. colección Tesis doctorales, 1985.

FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES PRO-SUBNORMALES:

Tutela: orientaciones prácticas. Madrid, FEAPS, 1984.

6. FRANÇA

A.D.E.P.:

Handicap et droit. Col.loqui de l'A.D.E.P., 24-26 de novembre de 1983 à Créteil. Vanves: C.T.N.E.R.H.I., 1985.

ASSOCIATION LA BOURGUETTE:

Les mesures de protection juridique des majeurs handicapés. S.l., 1980.

ASSOCIATION DES PARALYSÉS DE FRANCE:

Décider pour agir. Paris, A.P.F., 1986.

BARDEAU, J.M.:

Infirmités et inadaptation sociale, un regard politique sur l'infirmité. Paris: Payot, 1977.

COMBETTE, J.M.:

"Les recours intéressant la COTOREP". *Droit Social*, núm. 6-1987, pàg. 536.

FOSSIER, T.:

"Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure". *J.C.P.*, 1985, I, 3195.

HOURLAILLOU, A.M.:

Les limites de la loi d'orientation dans son principe et dans son application. Paris, Association des Paralysés de France, 1980.

LABREGERE, A.:

"Le droit des personnes handicapées". *Notes et Études documentaires*. La Documentation française, núm. 4611-4612.

LASRY, C. & GAGNEUX, M.:

Bilan de la politique en direction des personnes handicapées. Rapport au ministre de la Solidarité nationale. Paris: La Documentation française, 1983.

LEVY, M. J.:

"La coordination de la politique des handicapés en France". *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 1981, 1, pàg. 40.

LOSPIED, C.:

Handicapés, quels sont vos droits. Loi d'orientation du 30 juin 1975 et vie sociale. París, Éd. Lavauzelle, 1986.

MONTANIER, J. Cl.:

"Les actes de la vie courante en matiere d'incapacités". *J.C.P.*, 1982, I, 3076.

SALOME, D. (ed.):

Le notariat et les personnes protégées. 81è Congrès de notaris de França, Versailles, 27-30 de maig de 1984.

UNAPEI:

"Les Majeurs protégés. Loi du 3 janvier 1968". Colloque National d'Étude. *Revue UNAPEI*, núm. 45, març-abril de 1986.

"L'irresponsabilité pénale des adultes handicapés mentaux". Jornada nacional d'estudi dels Presidents d'Associacions Tutelars. Tolosa, 31 de gener 1987. *Revue UNAPEI*, núm. 49-50, gener-abril 1987.

Personnes handicapées...vos droits. París, UNAPEI, 1987.

7. ITÀLIA

CASALE ANTONIONE, M.:

"L'interdizione e la non imputabilità. *ANFASS-famiglie*, núm. 29, abr.-set. 1987, pàg. 43.

DAGA, L.:

"Ospedali psichiatrici giudiziari, sistema penale e sistema penitenziario". *Rassegna penitenziaria e criminologica*, núm. 1-3, 1985, pàg. 1.

FALQUI-MASSIDDA:

"Il difensore civico e gli handicappati: funzionerà?", *ANFASS-famiglie*, núm. 24-25, maig-agost 1986, pàg. 15.

ORSINI, G.:

"L'integrazione sociale dei soggetti portatori di 'handicaps'". *Sociologia*, maig-agost 1983, pàg. 65.

PERUTA, G.:

“Una legge-quadro per gli handicappati ? Pensiamoci da soli”. *ANFASS-famiglie*, núm. 29, abr.-set. 1987, pàg. 16.

SAULLE, M.R.:

“Per un comma in piú nella costituzione italiana”. *ANFASS-famiglie*, núm. 16, gen.-feb. 1985, pàg. 13.

“Handicap e lavoro. Una proposta di legge che fa ben sperare”. *ANFASS-famiglie*, núm. 26-27, pàg. 5, set.-des. 1986.

Ordinamento giuridico e tutela dell'handicappato psichico: una questione aperta. *ANFASS-famiglie*, núm. 16, set.-des. 1986.

SCARDULLA, F.:

“L'inabilitazione”, dins *Enciclopedia del Diritto*, T. XX, Giuffrè Editore, 1970, pàg. 841 i següents.

“Interdizione”, dins *Enciclopedia del Diritto*, T. XXI, Giuffrè Editore, 1971, pàg. 932 i següents.

SORACE, S.:

“Interdizione (diritto processuale civile)”, dins *Enciclopedia del Diritto*, T. XXI, Giuffrè Editore, 1971, pàg. 953 i següents.

TAGLIAPITRA, G.:

“Il giurista scopre l'handicap psichico”. *ANFASS-famiglie*, núm. 16, gen.-feb. 1985, pàg. 11.

“Per gli handicappati scuola ‘garantita’. Lo dice la Corte”. *ANFASS-famiglie*, núm. 29 abr.-set. 1987, pàg. 4.

SAVIANO, L.:

“Leggi, circolari, riforme: per gli handicappati psichici la parità è ancora lontana”. *ANFASS-famiglie*, núm. 28, gen.-març 1987, pàg. 12.

SELLERI, G.:

Handicappati: legislazione e società. Roma: Nuove edizioni operaie, 1979.

8. PAÏSOS-BAIXOS

AANEN, D.K. & van EDEREN, C.:

“Regeling mentorschap geestelijk gehandicapten dringend gewenst als aanvulling op Wet OBS en curatele”. *Het Zieken-Huis*, núm. 17, set. 1983, pàg. 684.

BLANKMAN, K.:

“De geestelijk gehandicapte en de curatele”. *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 1982, núm. 5, pàg. 125.

Curatele, en dan ? L’Haia: VUGA-Uitgeverij, 1983.

“Jurisprudentie”. *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 1987, núm. 7, pàg. 220.

BLOMMESTIJN, P.J.:

“La coordination de la politique des handicapés aux Pays-Bas”. *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 1981, núm.1, pàg. 70.

JANSEN, I.:

“Enige gedachten en suggesties met betrekking tot de curatele als geregeld in het Burgerlijk Wetboek”. *Tijdschrift voor familie-en jeugdrecht*, 1982, núm. 4, pàg. 109.

Beschermingsbewind. L’Haia: VUGA-Uitgeverij, 1983.

JANSEN, I. i altres:

“Stellingen”. *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 1987, núm. 7, pàg. 204.

de JONG, G.T.:

“Bescherming van de wederpartij en derden bij het beschermingsbewind”. *Nederlands Juristenblad*, 1982, pàg. 833.

LAURS, P.J.H.:

“Naar een beschermingsbewind voor bewoners van inrichtingen”. *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, 1979, núm. 2, pàg. 39.

MINISTERIE VAN JUSTITIE:

Onderbewindstelling ter bescherming van meederjarigen. L’Haia, 1983.

Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (voorontwerp van wet).
S.L., 1987.

REGIONALE OVERLEG ZWAKZINNIGENZORG ZUID LIMBURG:

Enkele aspecten van de rechtspositie van geestelijk gehandicapten. Ondercuratelestelling, onderbewindstelling, zaakwaarneming, mentorschap.
Roermond: K.R.O.Z., 1983.

STICHTING PEPIJNKLINIEKEN ECHT i altres:

Ondercuratelestelling, onderbewindstelling en de beheerstichting voor bewonersgelden. S.L.: s.n., s.d.

9. PAÏSOS ESCANDINAUS

BERG, B.:

Legal position of the adult mentally handicapped and related socio-economic provisions in Denmark. Copenhagen, 1980.

BANK-MIKKELSEN, N.E.:

Normalization in Denmark. Manuscrit, 1984.

BRUUN, I. i KOEJOED, E.:

Handicapped persons in Denmark. Copenhagen: Statens Erhvervspædagogiske Læruddannelse, 1982.

CARLSSON, B. & C.:

Social Welfare and Handicap policy in Sweden. Estocolm: The Swedish Institute, 1982.

GOULD, R.:

“Chômage et invalidité: Quelques aspects sociologiques de l'élimination du marché du travail”. *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 1985, núm. 1, pàg. 21-41.

GRUNEWALD, K.:

A full and rich life. A human right for profoundly handicapped children. Estocolm: Socialstyrelsen, 1983.

GRUNEWALD, K.:

"Les déficients mentaux en Suède: une nouvelle législation tendant à la normalisation". *Actualités Suédoises*, núm. 345, abril 1986.

GRUNEWALD, K.; HALLSEN, B. and ROREN, O.:

The mentally retarded and parenthood. Estocolm: Agència Nacional de Salut i Benestar, s.d.

GRUNEWALD, K. i LINER, B.:

"Handicapés mentaux: sexualité et normalisation". *Actualités Suédoises*, núm. 237, desembre 1979.

HANDIKAPPFÖRBUNDENS CENTRALKOMMITTEE:

"On the history of disabled". *A HCK fact sheet*, núm. 5, 1987.

"On legislation". *A HCK fact sheet*, núm. 2, 1987.

"On social services". *A HCK fact sheet*, núm. 4, 1987.

"On actions plan". *A HCK fac sheet*, 1987.

HANDIKAPPFÖRBUNDENS CENTRALKOMMITTEE & DISABLED PEOPLES INTERNATIONAL:

The organisations of the disabled in Sweden. Estocolm: HCK and DPI/S, 1987.

HEDLEN, B. i SVENNING, L.:

"Les handicapés en Suède: le service social pour les handicapés". *Actualités Suédoises*, núm. 267, abril 1981.

HELLE, K.M.:

"Les jeunes handicapés dans la société normale", dins *Politique sociale et jeunes handicapés*. Association internationale de la sécurité sociale, Études et recherches, núm. 23, Ginebra, 1985.

INSTITUT SUEC:

"L'aide aux personnes handicapés en Suède". Estocolm: *Feuillet de documentation sur la Suède*, FD 87 d Ohf, 1987.

KRARUP, O.:

"Judicial Control of administrative powers". *Scandinavian Studies in Law*, 1971, pàg. 145.

LAGERGREN, M.:

"Qu'advient-il de l'assistance dans la société ?" *Actualités Suédoises*, núm. 308, setembre 1983.

MARCUSSEN, E.:

Social Welfare in Denmark, Copenhagen, 1980.

AGÈNCIA NACIONAL SUECA DE SALUT I BENESTAR:

Human dignity. Respect and consideration for mentally disabled adults. Estocolm: Socialstyrelsen, 1987.

OJESJO, L.:

"Law and psychiatry: Scandinavia in the 1980's". *Annals of the American Academy of political and social sciences*, núm. 484, pàg. 144-54, març 86.

RATZKA, A.D.:

Independent living and attendant care in Sweden: a consumer perspective. Nova York: World Rehabilitation Fund, 1986.

SOCIALSTYRELSEN REDOVISAR:

Psykiat utvecklingsstörda och deras livsilkor i siffror. (Facts and figures on the mentally disabled and their living conditions in Sweden). Estocolm: Socialstyrelsen, 1979.

STERNER, R.:

Rights of the handicapped in Sweden. "Paper prepared for the Conference of Rehabilitation International in Rome". Octubre 25-28, 1971. S.L. s.d.
Modernized Swedish legislation on guardianship and trusteeship. Estocolm: Riksförbundet FUB, 1975.

STRÖMGREN, J.P.:

"Les handicapés en Suède: la fourniture d'auxiliaires techniques". *Actualités Suédoises*, núm. 355, juny 1987.

WALLMER, T.:

Realitäten und tendenzen der Betreuung Geistig Behinderter Menschen in den Skandinavischen Ländern am Beispiel Schwedens. Estocolm, 1984.

WALLNER, T.:

Die Eingliederung von Behinderten in das Arbeitsleben. Estocolm: Socialstyrelsen, 1987.

The number of mentally retarded - a result of steps taken by society? Changes in the age structure among mentally retarded persons in Sweden 1973-82. Estocolm: Agència Nacional Sueca de Salut i Benestar, 1987.

WEDEKIND, R.:

“Les mesures de sécurités sociales en faveur des familles de jeunes handicapés mentaux dans deux systèmes de politiques sociale différents: Comparaison entre la République fédérale d’Allemagne et le Danemark”. *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 1985, núm. 3, pàg. 267.

10. SUÏSSA

BURGENER, A.:

Rechtsschutz. Rechtsinstitute von Bedeutung fuer Behinderte in der Schweiz. Freiburg: Dokumentations- und Informationsstelle für Autismusfragen, s. d.

FÉDÉRATION SUISSE DES ASSOCIATIONS DE PARENTS DE HANDICAPÉS MENTAUX:

Tutelle 2000 Fribourg, 1r. simpòsium suís sobre la protecció jurídica del disminuït psíquic. Friburg-Bienne: FSAPHM, 1985.

STADELHOFEN-MIGNOT, M. & SCHMIDT, C.:

Droit des handicapés mentaux. Guide juridique. Ginebra: Université de Genève-ASA, 1981.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE:

La condition juridique des handicapés mentaux. Col.loqui del 24 d’abril de 1971. Ginebra: Librairie de l’Université, 1973.

ÍNDIX

INFORME DE SÍNTESE SOBRE ELS SISTEMES DE REPRESENTACIÓ I DE PROTECCIÓ JURÍDICA DE LES PERSONES DISMINUÏDES PSÍQUIQUES

Introducció	11
-----------------------	----

PRIMERA PART: ELS CANVIS DEL DRET TUTELAR

Capítol I: Visió general del dret intern	17
Drets escandinaus	17
Àustria	18
Bèlgica	22
Suïssa	24
Països Baixos	25
Itàlia	25
República Federal d'Alemanya	27
Capítol II: Esbós d'una tipologia dels estatuts	33
Rigidesa / Flexibilitat en la definició dels estatuts	33
Estatut patrimonial / estatut personal	35
Estatut d'interdicció / estatut suplent per a discapacitats parcials	37
Estatut de representació / estatut d'assistència	38
Les fórmules d'integració de la representació o de l'assistència	39
Els mecanismes de control	40

SEGONA PART: ESBÓS D'UN ESTATUT COL·LECTIU O COM ASSEGURAR L'EFFECTIVITAT DELS DRETS

Capítol III: Juridicitat precària dels drets de les persones disminuïdes	45
Posició del problema	45
El test del dret a l'educació	48
Límits dels recursos judicials	53

Capítol IV: Els suports per a un estatut col·lectiu	59
Formulació de principis generals	59
El reconeixement de les associacions	60
Vies de recurs	61
Obligacions dels poders públics	63
Capítol V: Elements per a una estratègia	71
Punts essencials d'un estatut	71
Quins suports institucionals?	75
Conclusions	83

ANNEXOS

Dret anglès: la <i>Mental Health Act 1983</i>	93
Definicions	94
La <i>guardianship</i>	95
La <i>Court of protection</i>	99
Conclusions	102
El projecte de llei holandès sobre el <i>mentorschap</i>	109
Els règims actuals	109
El projecte de <i>mentorschap</i>	111
Anàlisi de les principals disposicions	111
Conclusions	115

INFORME COMPLEMENTARI: EL DRET DE LES PERSONES DISMINUÏDES ALS ESTATS UNITS D'AMÈRICA

Introducció	121
Capítol I: L'afer <i>Wyatt</i> i la desinstitucionalització	127
Fonament constitucional incert de la desinstitucionalització	130
Desinstitucionalització i ordenació del territori	131

Capítol II: La <i>Rehabilitation Act</i> de 1973	137
Capítol III: L'abast del dret a l'educació	143
La Sentència PARC	143
La Sentència Mills	145
L'EAHCA de 1975	147
Definició de l'educació adequada	149
Construcció jurisprudencial de l'EAHCA	151
El problema dels límits financers	152
Aspectes de procediment	153
Capítol IV: La redefinició dels estatuts de protecció	159
Garanties de procediment essencials	159
Reforma de les legislacions relatives al <i>civil commitment</i>	162
Reforma del dret de la <i>guardianship</i>	163
El dret de vot	167
El dret al matrimoni	168
Capítol V: La protecció dels drets fonamentals i l' <i>advocacy</i>	173
Conclusions	179
BIBLIOGRAFIA DEL DRET AMERICÀ	187
BIBLIOGRAFIA GENERAL	195