



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

Máster en Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Hacia la inclusión social de las personas con
discapacidad en el ordenamiento jurídico
español: Especial referencia a la capacidad por
el ejercicio de los derechos.

Realizado por: David González Casas

Dirigido por: M^a Dolores Palacios González

Oviedo, 15 de julio de 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. DEFINICIONES PREVIAS.....	7
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SOCIAL DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	10
3.1 Modelo de prescindencia	11
3.1.1 Submodelo eugenésico.....	12
3.1.2 Submodelo de marginación.....	13
3.2 Modelo médico-rehabilitador.....	14
3.3 Modelo de la autonomía y de inclusión social.....	16
4. LA CONVENCIOÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	19
4.1 Evolución del Derecho Internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la Convención.....	20
4.1.1 Primeros tratados internacionales.....	21
4.2.2 Hard Law en las Naciones Unidas en materia de discapacidad.....	24
4.2 El modelo social dentro de la Convención.....	25
4.3 Nuevas perspectivas jurídicas vinculadas a la Convención.....	28
4.3.1 Principios generales y obligaciones en la Convención.....	29
4.3.2 Igualdad y no discriminación.....	30
4.3.3 Igual reconocimiento ante la Ley.....	32
5. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN DE CARÁCTER PÚBLICO ESPAÑOLA.....	35
5.1 Breve recorrido histórico de la situación de las personas con discapacidad en la etapa pre-Constitucional.....	35
5.2 Protección de las personas con discapacidad en la Constitución.....	37
5.3 Hitos normativos en España en el ámbito de la protección pública.....	40
5.4 Personas con discapacidad y consentimiento informado: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.....	42

5.5 Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención.....	43
6. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	45
6.1 Discapacidad y capacidad.....	45
6.2 Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad.....	47
6.3 Legitimación y competencia en materia de modificación de la capacidad.....	48
6.4 Fases del procedimiento.....	50
6.4.1 La demanda.....	50
6.4.2 Medidas cautelares.....	51
6.4.3 Contestación a la demanda, desarrollo del proceso y juicio.....	52
6.4.4 La sentencia: Alcance y efectos.....	55
6.5 Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela.....	57
6.5.1 La tutela.....	58
6.5.2 La curatela.....	59
6.6 Otras figuras de apoyo recogidas en el ordenamiento jurídico español: La guarda de hecho.....	60
6.7 Adecuación del proceso a los preceptos recogidos en la Convención.....	61
7. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	64
7.1 El aborto eugenésico basado en discapacidad.....	64
7.2 Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad.....	69
7.3 El internamiento involuntario por razones psiquiátricas.....	73
7.4 Tratamiento ambulatorio involuntario.....	79
8. CONCLUSIONES.....	84
9. BIBLIOGRAFIA.....	91

RESUMEN

El presente trabajo estudia la situación de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, realizando una especial referencia a la capacidad por el ejercicio de los derechos del colectivo. A lo largo de la historia las personas con discapacidad han visto como su consideración social y jurídica variaba, fortaleciéndose en la actualidad los postulados que ahondan en la necesidad de una plena integración. Pese a las corrientes regeneradoras que abogan por el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a todas las personas insertas en el colectivo, aún hoy en día podemos encontrarnos con situaciones que suponen una clara discriminación por causas ligadas a la discapacidad, lo que pone en duda el papel de la sociedad y de los marcos legislativos en referencia a su función integradora.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, supone un nuevo paso hacia la consecución de la plena igualdad, y bajo este modelo, se realizará un recorrido por la evolución de la situación de las personas con discapacidad en el periodo Constitucional, haciendo un especial hincapié en los mecanismos de modificación de la capacidad y su relevancia para el ejercicio de los derechos.

Palabras clave: Discapacidad, diversidad funcional, dignidad, derechos, capacidad.

ABSTRACT

This paper studies the situation of people with disabilities in the Spanish legal system, doing a special reference to the capacity for exercising the rights of the collective. Throughout history, disabled people have seen their social and legal status varied, strengthen today postulates that delve into the need for full integration. Although regenerative currents advocating for recognition and the respect of the inherent dignity all embedded in the collective people, even today we can encounter with situations involving clear discrimination for reasons linked to disability, wich calls into question society roles and legislative frameworks in reference to its integrative function.

International convention on the rights of people with disabilities, ratified by Spain in 2008, suppose a new step towards achieving full equality, and under this model, modiflicated mechanisms are discussed and relevance to acces and enjoyment of rights.

Key words: Disability, functional diversity, dignity, rights, capacity.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrolla dentro del marco académico del Máster en Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables de la Universidad de Oviedo. Mi experiencia en el mundo profesional dentro del Trabajo Social, me ha llevado a comprender la importancia del conocimiento y manejo de algunos aspectos de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales –sobre todo los relacionados con la protección a los grupos vulnerables-, así como su necesaria relación con el mundo de lo social del que soy más conocedor. Por ello mi objetivo principal al abordar un trabajo de este calado se basa en conjugar esos dos planos, en relación al análisis de la actual situación de las personas con discapacidad dentro del ordenamiento jurídico español, haciendo especial relevancia a la capacidad por el ejercicio de sus derechos.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, en la actualidad más de 1000 millones de personas viven en todo el mundo con algún tipo de discapacidad, y presumiblemente, la cifra será mayor en un futuro. Esto se debe al patente envejecimiento poblacional y al incremento de patologías crónicas como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares o los trastornos de salud mental¹. A su vez, en el año 2008 residían en España 3,85 millones de personas con discapacidad², lo que sin duda pone de manifiesto la relevancia del fenómeno y la necesidad de acometer medidas protectoras, integradoras y garantistas que faciliten el desarrollo personal y social del colectivo.

Que la discapacidad es en la actualidad una materia a abordar desde los derechos humanos, parece ser una realidad incuestionable y presente en el imaginario colectivo de una gran mayoría social. Sin embargo, hasta tiempos no muy remotos, la protección y consideración hacia las personas con discapacidad, partía de actitudes de índole caritativa o paternalista que se alejaban de la verdadera comprensión de la realidad social del problema. Lo mencionado responde a una realidad histórica impregnada de actitudes exclusivas y marginadoras, que relegaban a las personas con discapacidad al completo ostracismo.

¹ Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud, 2011, accesible en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/ (consulta realizada el 23 de marzo de 2015).

² Panorámica de la discapacidad en España, Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, accesible en <http://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf> (consulta realizada el 23 de marzo de 2015).

El tratamiento dispensando desde el marco jurídico y social, ha estado presidido por dos concepciones que fluctuaban entre la visión de la discapacidad como pecado o enfermedad. Fruto de dichas consideraciones, podemos hablar de tres modelos de tratamiento presentes en la evolución histórica: el de prescindencia, el médico-rehabilitador y el modelo de la autonomía y de la integración social.

El primer modelo, suponía que las causas que originaban la discapacidad estaban asociadas a castigos de índole religiosa, por lo que las personas con discapacidad eran excluidas al considerárseles innecesarias para el correcto funcionamiento de la vida social. Como consecuencia de estas premisas, la decisión se basaba en prescindir del colectivo, a través de prácticas eugenésicas o situándolas en el espacio reservado a los marginados o anormales.

La visión médica del fenómeno asocia la discapacidad exclusivamente a disfuncionalidades biológicas, por lo que su utilidad o funcionalidad dependen en exclusiva del grado de rehabilitación que se lleve a cabo. Las prácticas asociadas a dicho modelo persiguen la normalización de las personas con discapacidad, centrando la problemática en el campo individual.

El tercer modelo –aún en fase de desarrollo e implementación- rompe con las premisas religiosas y biológicas, ligando las causas que dan origen a la discapacidad al espectro social. Desde esta concepción se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar en igual medida –que las personas sin discapacidad- al funcionamiento social. Este modelo nace ligado al respeto por los derechos humanos inherentes al colectivo, y se fundamenta bajo las premisas del respeto por la dignidad humana, la vida independiente, no discriminación y accesibilidad universal, entre otros.

El desarrollo del modelo de la autonomía y de la integración social –conocido como modelo social-, es fruto de la ingente lucha del colectivo, que obtuvo su recompensa en diversos ámbitos. Dentro de dichos ámbitos, el presente trabajo analizará el que sin duda tiene mayor relevancia a nivel internacional y nacional en materia legislativa, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2007 y parte de nuestro ordenamiento desde 2008.

El análisis de lo recogido en el citado marco internacional, servirá de punto de partida para conocer la naturaleza de los postulados insertos en el denominado modelo social, que debido al carácter vinculante que ostenta la Convención para los países firmantes,

entre ellos España, deberían de estar presentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Desde esta premisa, se realizará un breve recorrido por la situación de las personas con discapacidad dentro del marco legislativo estatal, con el objetivo de conocer la evolución respecto a la protección jurídica y consideración en el ámbito social del colectivo.

Sin duda una de las piedras angulares en el debate sobre el respeto a la dignidad humana de las personas con discapacidad –pilar fundamental en la base ideológica de la Convención Internacional-, se encuentra en los procesos de modificación de la capacidad y en las medidas que estos adoptan para sustituir o complementar la capacidad de obrar de las personas. A continuación suscribo unas palabras del profesor DE ASIS ROIG, que en mi opinión ilustran de forma perfecta algunas de las cuestiones a abordar ligadas al concepto de capacidad y dignidad humana, de esta forma menciona: *El ejercicio de esas capacidades, se suele poner en conexión con el papel que el individuo lleva a cabo en sociedad. La idea de dignidad humana, claramente en el mundo antiguo pero igualmente en el moderno, suele relacionarse con el papel social de las personas. La idea de capacidad sirve en la medida en que los individuos son «útiles» para la sociedad y la comunidad, en la medida en que es posible obtener ciertos frutos sociales desde la actuación de las personas. Ciertamente, en el mundo moderno, se ha disminuido de alguna forma la radicalidad de esa afirmación, sobre todo a partir de la idea de que las personas no deben ser tratadas como medios sino como fines. Pero todavía en nuestros días, seguimos de alguna manera valorando a las personas utilizando esos referentes.*³

Desde dicha concepción de la dignidad humana orientada al respeto por la capacidad de las personas con discapacidad, se abordarán de manera específica los supuestos relacionados con la modificación de la capacidad en el ordenamiento jurídico español, así como sus posibles disfuncionalidades respecto a lo recogido en la Convención Internacional.

Por último se pretende analizar la relación existente entre la capacidad de obrar otorgada a las personas con discapacidad, y su relación con el acceso y disfrute de

³ Prólogo de RAFAEL DE ASIS ROIG en PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMANACH, Javier, “El modelo de la diversidad : La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional”, *Ediciones Diversitas*, Madrid, 2006, p.18

algunos de sus derechos fundamentales, para ello se han elegido los que quizá sean más ilustrativos debido a la relevancia personal y social que pueden llevar implícita.

En cuanto a la *metodología* se trata de una investigación social básica, ya que a través de ella se pretende mejorar el conocimiento teórico del fenómeno que engloba la situación de las personas con discapacidad, la evolución de la posición del colectivo en el ordenamiento jurídico español y el actual proceso de modificación de la capacidad y su relevancia a la hora de ejercer sus derechos.

Respecto a su alcance temporal, se trata de un estudio diacrónico, es decir, se describe la evolución del fenómeno y las variantes adoptadas desde el plano jurídico para abordar de forma eficaz la plena inserción social de las personas con discapacidad, pese a hacer especial hincapié en el modelo actual de modificación de la capacidad y su repercusión en el ejercicio de los derechos del colectivo, se torna imprescindible conocer los procesos evolutivos en el plano social y jurídico, que han dado lugar a la adopción de los nuevos modelos tendentes a procurar una plena inclusión social y un íntegro respeto por la dignidad inherente a todas las personas con discapacidad.

A su vez se pretende un estudio de carácter descriptivo, que presente una mirada veraz de la problemática de las personas con discapacidad, tan a menudo invisibilizada a los ojos de la sociedad, así como de los mecanismos jurídicos existentes para la protección y promoción del colectivo.

Las fuentes utilizadas para realizar dicho trabajo se basan en investigaciones llevadas a cabo por otros autores con un amplio conocimiento del mundo de la discapacidad, además de las experiencias profesionales y académicas particulares que he desarrollado durante mi formación universitaria.

2. DEFINICIONES PREVIAS

A efectos de facilitar la lectura y comprensión del presente trabajo, a continuación se definen algunos conceptos que serán utilizados con cierta asiduidad. Todos ellos son vitales para delimitar la temática a analizar, y por ello su contenido estará vinculado de forma expresa con las personas con discapacidad.

En la actualidad sigue existiendo una clara confusión al utilizar acepciones que intentan delimitar el significado de términos relacionados con la discapacidad, por ello conviene distinguir:

- **DEFICIENCIA:** La Organización Mundial de la Salud –OMS- define que la deficiencia *supone toda pérdida o anormalidad, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo.*
- **MINUSVALÍA:** Según la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, (CIDDDM) publicada en 1980 por la OMS se entendía por minusvalía *la situación de desventaja de un individuo determinado a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que le limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales).* En la actualidad ningún Organismo nacional o internacional utiliza dicho término, el propio significado global de la palabra suponía un marcado sesgo discriminador al referirse a una situación de menos valor.
- **DISCAPACIDAD:** La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de Diciembre de 2006, define⁴ que *las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*
- **DIVERSIDAD FUNCIONAL:** Este concepto acuñado a principios del S.XXI en España, trata de desligarse del eje teórico de la capacidad, ahondando en la necesidad de desvincular la diversidad humana del concepto médico que predominaba la visión de la discapacidad hasta entonces. En este sentido PALACIOS Y ROMAÑACH⁵ señalan que *la diversidad se ve como una realidad incontestable que, por otro lado, aporta riqueza a una sociedad formada por personas que son funcionalmente diversas a lo largo de la vida.*
- **DEPENDENCIA:** Tal y como cita la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de

⁴ Art.1 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad

⁵ PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMAÑACHA CABRERO, Javier, “El modelo de la diversidad: Una nueva visión desde la perspectiva de la bioética de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, Vol.2, Nº2, 2008, pp. 41-42.

dependencia, se entiende por dependencia *el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.*

Más allá de los conceptos analizados, que describen situaciones intrínsecas de la realidad individual y social de las personas con discapacidad, me parece conveniente fijar otra serie de definiciones claves para comprender la situación del colectivo en lo referente a los marcos jurídicos, tanto en el ámbito nacional como internacional:

- **DIGNIDAD:** Este término debe de ser abordado desde dos planos que se entrelazan y confluyen en la consideración actual del concepto de dignidad. En primer lugar desde el punto de vista filosófico, se entiende que *la necesidad práctica de obrar conforme a este principio, es decir, el deber, no se basa en sentimientos, impulsos ni inclinaciones, sino simplemente en la relación de los seres racionales entre sí, [relación] en la que la voluntad de un ser racional debe considerarse a la vez como legisladora, porque de otro modo no podría pensarse como fin en sí misma. Así pues, la razón refiere toda máxima [o regla de actuación] de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a toda acción respecto de sí misma, y no por algún otro motivo práctico o ventaja futura, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley sino a aquella que él mismo se da.*⁶ Por otro lado, desde el ámbito jurista la dignidad humana *es el derecho que tiene cada ser humano, de ser respetado y valorado como ser individual y social, con sus características y condiciones particulares, por el solo hecho de ser persona*⁷.
- **AUTONOMIA:** Nuestro marco legislativo reconoce el concepto de autonomía como *la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo a las normas y*

⁶ KANT, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", (KW IV, pp. 434-435) Trad. castellana de Norberto Smilg Vidal, Madrid, *Santillana*, 1996, p. 56.

⁷ PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMANACHA CABRERO, Javier, "El modelo de la diversidad". Op.cit,p.44

*preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria*⁸.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SOCIAL DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La realidad histórica y social de las personas con discapacidad, ha ido variando de forma ostensible en función de la visualización de la sociedad respecto al colectivo. La concepción otorgada a dicho grupo, marca las líneas maestras de las acciones públicas dirigidas a incidir de diversas formas en la problemática, entre ellas, la capacidad de obrar de las personas con diversidad funcional.

Las etapas que se desarrollan a continuación reflejan el periplo histórico que ha marcado la idiosincrasia jurídica y social de las personas con discapacidad, desde la completa marginación, a la búsqueda de la plena inserción, basada en el respeto y la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. La coyuntura social, las nuevas teorizaciones en la materia y la ingente lucha del propio colectivo, han transformado los viejos postulados deístas, en nuevas metas que buscan la eliminación de todo obstáculo que impida el libre desarrollo personal y social de las personas con discapacidad.

Obviamente, los constructos sociales marcan de facto una exigencia legislativa, que pretende objetivar las nuevas conceptualizaciones surgidas en la materia, y dotar de recursos legales al colectivo, con el fin de asegurar la erradicación de las actuaciones con un marcado carácter paternalista, que suponían un obstáculo para la remoción de las barreras sociales existentes. Por ello, los nuevos postulados interpretan la discapacidad como un fenómeno ligado sine qua non a las estructuras discriminatorias presentes en la sociedad, causantes directas de la exclusión del colectivo⁹.

El estudio y comprensión de dicho periplo histórico, sitúan la base y el sustento mediante el cual se entienden los hitos sociales y legislativos en la materia, y sobre todo, las metas futuras a las que debe de hacer frente un colectivo, aún hoy "castigado" por la discriminación en muchos campos. Las actuales sociedades de consumo, basadas en arquetipos funcionalistas, que priman las capacidades humanas basadas en la producción de bienes de consumo, siguen obstaculizando la plena inclusión de

⁸ Art.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

⁹ FERREIRA, Miguel. A, "Una aproximación sociológica a la Discapacidad desde el modelo social: apuntes caracterológicos", *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, Nº124, 2008, pp. 143-145

colectivos que no se amoldan de facto a las pretensiones imperantes en un mundo cada vez más globalizado y desigual; al respecto, Bauman señala:

"Allí donde hay diseño, hay residuos. Una casa no está realmente acabada hasta que se han barrido por completo los restos no deseados de la obra.

Cuando se trata de diseñar las formas de convivencia humana, los residuos son seres humanos. Ciertos seres humanos que ni encajan ni se les puede encajar en la forma diseñada. O los que adulteran su pureza y enturbian así su transparencia: los monstruos y mutantes de Kafka, como el indefinido Odradek o el cruce de gatito y cordero: rarezas, deformidades, híbridos que descubren el faro de las categorías aparentemente inclusivas y exclusivas. Borriones en el paisaje por lo demás elegante y sereno. Seres fallidos, de cuya ausencia o destrucción la forma diseñada solo podría resultar beneficiada, tornándose más uniforme, más armoniosa, más segura y, en suma, más en paz consigo misma"¹⁰.

Por lo tanto, los avances alcanzados son ostensibles, pero las barreras estructurales y sociales existentes en la actualidad, fomentan la necesidad de conocer y ubicar la realidad de las personas con diversidad funcional, así como los retos futuros, que alcancen la tan ansiada igualdad material.

3.1 Modelo de prescindencia

"Así como apaleamos a los perros rabiosos, sacrificamos a los toros indomables y montaraces, degollamos a la oveja enferma para que no infecte a la manada, así también estrangulamos a los recién nacidos mal formados e incluso ahogamos a los niños débiles o anormales: no es la cólera, sino la razón la que nos invita a separar las partes sanas de aquellas que podrían corromperlas"

SENECA.

Este modelo enmarca la visión arcaica de las sociedades presididas por profundos prejuicios religiosos y estamentales, que relacionaban de forma directa a las personas con discapacidad con castigos de índole divina. El imaginario social de entonces concebía que las diversidades funcionales respondían a un escarmiento proveniente de los dioses, en respuesta a un acto pecaminoso de los progenitores. Ligado a lo explicitado anteriormente, las personas con discapacidad eran visualizadas como

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas*, PAIDOS Estado y Sociedad, Barcelona, 2006, p.46

elementos que alteraban el normal funcionamiento social, por lo que eran considerados como escollos inservibles para el desarrollo comunitario¹¹.

Dentro de las particularidades que envuelven este modelo, existían diversas formas de llevar a cabo esta estratificación. Partiendo de la base que las personas discapaces eran una carga a nivel familiar y social, y que por lo tanto su utilidad era nula para el desarrollo colectivo, las formas de "solventar" dicha disyuntiva se resumían en dos: la eugenesia y la marginación.

3.1.2 Submodelo eugenésico.

Dicho submodelo consistía en eliminar a las personas que nacían con algún tipo de discapacidad que les privase de cierta autonomía. Las diversidades funcionales albergaban un lugar preestablecido: la erradicación. La legitimación moral que amparaba dichos actos venía establecida por la creencia que las personas con discapacidad no respondían a los patrones de una vida digna, por lo que una práctica habitual en aquellos tiempos era el infanticidio de los sujetos nacidos con algún tipo de patología considerada como disfuncional¹².

Dichas prácticas encajan con las antiguas sociedades estamentales, que basaban su funcionamiento en el orden divino, ejecutado con virulencia por los órganos de poder coetáneos. La ciudadanía no era considerada como en la actualidad, y en la práctica vivían en un estado de subyugación constante, regido por las teorizaciones deístas del momento.

En dicho contexto, las personas con discapacidad eran considerados híbridos entre lo humano y lo salvaje, monstruos indignos e inservibles, que respondían a un castigo divino, y por lo tanto, tendentes a su abolición¹³.

Pese a lo citado anteriormente, existían claras diferencias en función de la forma en que era adquirida la discapacidad, frente al status de indigno e inservible que ostentaban las personas que nacían con algún tipo de diversidad, abocados prácticamente en su totalidad al infanticidio, los ciudadanos que veían sobrevenida una disfuncionalidad por

¹¹ JIMENEZ, Antonio, "Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos", *Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol.47 Nº1, 2010, pp. 140-145

¹² PALACIOS RIZZO, Agustina, "El modelo social: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Ediciones Sinca S.A*, Madrid, 2008, p.38.

¹³ SEOANE RODRIGUEZ, José Antonio, "¿Que es una persona con discapacidad?", *Ágora: Papeles de filosofía*, Vol.30, Nº1, 2011, pp.150-155.

causas exógenas a su persona - especialmente por actos de guerra-, disponían de una cobertura a cargo del Estado, que aseguraba al menos, su manutención.

Dicha casuística encuentra su sustento teórico en la razón de la utilidad; es decir, más allá de las conceptualizaciones religiosas que presidían los discursos morales de aquella época, se puede presumir que las verdaderas causas de la eugenesis radicaban en la utilidad social de dichos sujetos en aquellos momentos, y en la consideración de carga económica y social que suponía el hacerse cargo de sujetos que presentasen diversidad funcional.¹⁴

Pese a lo funesto e intemporal que puedan parecer dichas percepciones en la actualidad, lo cierto es que durante el S.XX aún se observaban prácticas eugenésicas hacia las personas con discapacidad- basadas en el darwinismo social-, potencias como EE.UU limitaban el flujo migratorio de personas con discapacidad, sin olvidarnos de las cerca de 100.000 personas con diversidad funcional exterminadas durante la dictadura nazi en Alemania¹⁵.

3.1.3 Submodelo de marginación

El submodelo de marginación se corresponde con prácticas desarrolladas hasta tiempos cercanos al actual, y consistía en relegar a las personas pertenecientes al citado grupo a situaciones de plena exclusión social, en las que se les privaba de cualquier atisbo de dignidad, siendo sus familias, en el mejor de los casos, las encargadas de prestarles las atenciones básicas.

A diferencia de las sociedades que ejercían la eugenesis, en los albores de la Edad Media y con el creciente empuje del cristianismo, las diversidades funcionales, aunque entendidas como castigos de Dios por malas praxis de sus progenitores, pasaron a ser aceptadas como algo inamovible y a aceptarse con resignación, siendo prohibidas las prácticas infanticidas practicadas hasta el momento.

Durante dicho periodo, se abordó la problemática desde dos marcados ámbitos: la caridad, y el miedo¹⁶. En la práctica esta dicotomía suponía, de facto, el mismo resultado: la marginación y por ende, la exclusión. El rechazo y la misericordia

¹⁴ PALACIOS RIZZO, Agustina, "El modelo social de la discapacidad". Op.cit, p.53

¹⁵ LIDÓN HERAS, Leonor, *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, pp. 15-19

¹⁶ PALACIOS RIZZO, Agustina, "El modelo social de la discapacidad". Op.cit,p.61

cristiana, situaban a las personas con discapacidad en un espectro alega e impersonal, que suponía la desconsideración social y humana del colectivo.

Pese a que las prácticas infanticidas no estaban presentes en este submodelo, la realidad de la severa exclusión a la que se sometía al colectivo tenían como resultado la muerte de niños a causa de la falta de cuidados; y las personas adultas con algún tipo de discapacidad, debían de subsistir ejerciendo la mendicidad y a costa de ser el objeto de burla y entretenimiento del resto de ciudadanos.

Pese a lo ajado y funesto de lo expuesto hasta el momento, cabe matizar que este modelo imperó en la sociedad hasta tiempos no muy remotos, por lo que los hitos legales y sociales alcanzados por el colectivo deben de ponerse en valor respecto a esta posibilidad, en la que ser una persona con discapacidad era sinónimo de vergüenza y exclusión en el mejor de los casos.

3.2 Modelo rehabilitador o médico:

"Todos los seres humanos, incluyendo a las personas con discapacidad, tienen un potencial real sin explorar"

JON KABAT.

Bajo este periodo, la percepción social de las personas con discapacidad pasa de estar enmarcada por concepciones religiosas o divinas, a situarse bajo la visión científica y biológica del problema. Este cambio conceptual trae consigo una transformación en las herramientas teóricas y prácticas utilizadas en referencia a las personas con diversidad funcional, por lo que la rehabilitación de dicho colectivo, con el objetivo de subsanar o mejorar las deficiencias presentes desde un punto de vista médico, es piedra angular de este modelo de intervención, prevaleciendo la necesaria adecuación del colectivo a los estándares preestablecidos social y culturalmente.

Lo explicitado en el anterior párrafo, señala la existencia de diversas discapacidades que tienen la posibilidad de ser modificadas, o al menos, minimizadas, por lo que se pone el acento en la causa de la "enfermedad", y su incidencia negativa para la persona que la sufre.¹⁷ Este modelo liga de facto la discapacidad, su posible reversibilidad y la adecuación a los estereotipos culturales.

¹⁷LIDÓN HERAS, Leonor, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia?. Op.cit, p.22

La visión médica del fenómeno conlleva un incremento del nivel de vida de las personas inmersas en procesos de diversidad funcional, debido al avance ostensible en materia de tratamientos y medios destinados para el colectivo. Más allá de la atención sanitaria instaurada bajo los parámetros de este modelo, comienza a vislumbrarse la necesidad de abolir los mecanismos excluyentes presentes hasta entonces, siendo punto referencial en este hecho, la creación de las escuelas de educación especial, como medio para la adecuada rehabilitación de las personas con discapacidad.

Bajo este modelo podría considerarse que las personas con diversidad funcional no son sujetos de derecho, sino un colectivo al cual atender bajo los parámetros del paternalismo, con el fin de paliar sus deficiencias y asegurarles un mejor trato médico. El punto de partida reside en la falta de aptitudes, y su corrección o tratamiento a través de parámetros rehabilitadores, es decir, obviando por completo las capacidades existentes en cada miembro del colectivo, y por lo tanto, minusvalorando su dignidad intrínseca como ser humano.¹⁸

Son tiempos en los que se instaura la institucionalización de las personas con diversidad funcional, en especial los enfermos mentales, lo que provocó el aislamiento y la nula integración de las personas internas. La justificación encontraba el amparo en el criterio médico, preponderante en aquellas fechas, y decisivo en el devenir de las personas con discapacidad.

Comienza a fraguarse la asistencia social como instrumento imprescindible para la protección del colectivo, instaurándose medios, como la ya mencionada educación especial, o los empleos protegidos. Pese al incipiente pensamiento integrador, las personas con discapacidad aún no eran consideradas como entes autónomos capaces de tomar decisiones propias, por lo que pese a la existencia de medidas de protección, en la práctica, la subestimación ejercida sobre el colectivo suponía la exclusión en diversos ámbitos: social, económico, relacional, etc.

Este modelo presidió la visión social de la discapacidad hasta fechas muy próximas a la actualidad. Como dato revelador, la propia Constitución Española de 1978 tiene un marcado sesgo rehabilitador en relación a la función del Estado respecto al colectivo.

¹⁸ PALACIOS RIZZO, Agustina, “El modelo social de la discapacidad”. Op.cit, p.68

A efectos de ilustrar lo mencionado en el anterior párrafo, la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), en su Art 7.1 definía la discapacidad como:

"A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales."

Dicho precepto pone de manifiesto las vicisitudes explicitadas anteriormente, el acento se sitúa en la diversidad funcional de la persona, y no en los obstáculos sociales presentes, respecto a la integración del colectivo.

3.3 Modelo de la autonomía y de inclusión social:

*"Cada cual tiene una habilidad,
un arte que, sean cuales sean sus
resultados, es el suyo"*

E.JÜNGER

Nace en EE.UU y Reino Unido a finales de la década de los 70. Su idiosincrasia descansa en la denuncia de la falta de derechos vinculados a las personas con discapacidad. El impulso adoptado desde el continente americano, pronto encontró respaldo en las organizaciones de personas con discapacidad del Reino Unido, que reclamaban un cambio paradigmático en los modelos referentes a las personas con discapacidad.

Tras años de incipiente denuncia social, en el año 1976 la Unión de personas con discapacidad Física contra la Segregación, UPIAS- según sus siglas en inglés-, elabora un documento denominado "Principios Fundamentales de la Discapacidad", germen de lo que a posteriori se conocería como el modelo social de la discapacidad.¹⁹

Este modelo rompe con los postulados vistos en los dos periodos anteriores, se avanza más allá de los postulados médicos, y se enfatiza en las barreras sociales presentes para la plena inclusión de las personas con discapacidad, es decir, las personas que presentan cualquier tipo de diversidad funcional ven impedida su realización personal por

¹⁹PALACIOS RIZZO, Agustina, "El modelo social de la discapacidad". Op.cit, p. 107-109

disfunciones presentes en el ámbito social, por lo que el objetivo primordial es la plena inclusión educativa, laboral, familiar, económica, etc.²⁰

El modelo social centra su análisis en el entorno, huyendo de facto de los postulados que articulan sus propuestas basándose en las deficiencias de las personas con discapacidad. La inclusión lleva implícito el impulso y reconocimiento de la esfera social, implementando nuevos modelos rehabilitadores que incluyan el entorno como factor determinante, ya que es ahí donde se ve consolidada la exclusión.²¹

Por lo tanto, uno de los hitos que encumbra el mencionado modelo reside en conceptualizar, por primera vez en la historia, la discapacidad de manera inversa a lo planteado hasta entonces. Se conjuga la discriminación de las personas con discapacidad, con un planteamiento social erróneo que estandariza unos patrones conductuales que desligan al colectivo de su total inclusión, es decir, empieza a tomar forma la responsabilidad social implícita en los comportamientos estructurales de la comunidad, siendo dichas vicisitudes el objeto de remoción como única vía para la correcta inclusión de las personas con discapacidad.

De este modo, desde los albores del pensamiento social respecto a la discapacidad, queda patente la diferencia entre deficiencia y discapacidad, siendo la sociedad la que "discapacita" a las personas con alguna deficiencia. Así, la UPIAS, en su documento de principios fundamentales diferencia:

— *"Deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo.*

— *Discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad."*²²

Dicho planteamiento pone de manifiesto la diferencia entre la parte funcional humana que no posee las mismas capacidades que la de la mayoría social, (persona con dificultades para comunicarse verbalmente), con las barreras sociales que impiden una óptima inclusión (inexistencia de medios técnicos para subsanar dichas dificultades).

²⁰JIMENEZ LARA, Antonio, "Políticas públicas sobre discapacidad en España". Op.cit, p.142

²¹ JIMENEZ LARA, Antonio, "Conceptos y tipologías de la discapacidad: documentos y normativas de clasificación más relevantes", en *Tratado sobre Discapacidad*, De Lorenzo y Pérez Bueno (Dir.), 2007, pp.187-191.

²² PALACIOS RIZZO, Agustina, "El modelo social de la discapacidad". Op.cit, p. 122

Solo desde la perspectiva social es posible la conjunción de las personas con discapacidad y el respeto basado en los derechos , ya que el soslayo de su dignidad inherente como seres humanos no está ligado a ninguna vicisitud individual intrínseca que impida su desarrollo social y personal, sino al constructo social que inhabilita dicho desarrollo.²³

Por todo lo mencionado hasta el momento, queda patente que el nivel de aceptación/exclusión padecido por las personas con discapacidad está relacionado con el núcleo cultural presente en cada sociedad, es decir, la no integración del colectivo deriva de la contextualización instaurada en el imaginario colectivo de los patrones referentes a la normalidad, pudiendo verse la discapacidad como un hecho alejado de dicho patrón, por lo tanto, una situación anormal.

A raíz de lo expuesto en el anterior párrafo y de la patente necesidad de ahondar en nuevos conceptos que reformulasen las terminologías exclusivas, nace en el año 2005, en el marco del Foro de Vida Independiente celebrado en España, el denominado *modelo de la diversidad funcional*. En la práctica, este nuevo impulso pretende poner en valor la diversidad frente a la anomalía, es decir, establecer un nuevo enfoque basado en la riqueza que aporta cada individuo, sea cuál sea su idiosincrasia, al conjunto social.²⁴

Los postulados surgidos a raíz de dicho Foro ahondan en las teorizaciones del modelo social y jerarquizan la necesidad de proteger la discapacidad como un elemento patrimonial de la raza humana, siendo la diversidad en cualquier ámbito el eje vertebrador de una sociedad democrática e igualitaria.

En definitiva, lo que se pretende es una deconstrucción de la visión presente en la sociedad respecto a las personas con discapacidad, rompiendo viejos clichés y desligando lo natural de lo social²⁵; entendiendo que las personas con diversidad funcional no tienen por qué ser objetos clínicos o rehabilitables, sino miembros de una sociedad diversa, en la que el respeto a la dignidad y la diferencia debe de ser la piedra angular sobre la que pivote el avance ciudadano y social.

²³ OSPINA RAMIREZ, Mario Andrés, "Discapacidad y Sociedad Democrática", *Revista Derecho del Estado*, Nº24, 2010, pp. 143-164.

²⁴ LIDÓN HERAS, Leonor, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia?. Op.cit, pp. 48-50

²⁵ FERREIRA, Miguel ángel, "Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracteriológicos", *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, Nº124, 2008, pp. 148-156.

Bajo el amparo de este modelo, las personas con discapacidad son miembros útiles en la sociedad, capaces de aportar, al menos, en la misma medida que el resto de ciudadanos a la construcción de una óptima vida comunitaria.

Por lo tanto, las medidas destinadas a integrar plenamente a las personas con discapacidad no deben de ir encaminadas a modificar las realidades personales de cada sujeto con discapacidad, sino al cambio social que persiga la plena inclusión del colectivo, teniendo en cuenta las múltiples diversidades presentes²⁶.

4. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, y como definió el vicesecretario general, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan: *“Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”*²⁷.

La Convención nace bajo el amparo de un auge regenerador, que pretende dar un nuevo impulso respecto a la visualización de las personas con discapacidad en la sociedad, y en cómo esta se torna un factor determinante en los procesos excluyentes del colectivo.

Sin duda, la discapacidad no es un fenómeno estático, sino que su evolución se liga de facto con las consideraciones sociales y jurídicas tendentes en cada momento, es decir, como se describió en el anterior capítulo, la concepción de las personas con diversidad funcional ha ido variando de forma ostensible a lo largo del tiempo, por lo que la Convención Internacional aparece como una herramienta más en el proceso de la equiparación de derechos y la erradicación de los procesos excluyentes, en los que se ven inmersos las personas que poseen algún tipo de discapacidad.

La aprobación de un documento de esta índole, era claramente necesaria, ya que hasta la fecha existía un vacío en este campo que era de justicia subsanar a través de la elaboración de un tratado jurídico vinculante, que permitiese la revocación de los

²⁶ OSPINA RAMIREZ, Mario Andrés, “Discapacidad y Sociedad”. Op.cit, pp. 152-155

²⁷ SANJOSÉ GIL, Amparo, EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°9, 2007, pp.5-8

obstáculos presentes en la sociedad, y que impiden el normal desarrollo personal y social de las personas con discapacidad.

Tras la firma de la Convención por parte de veinte Estados, cifra prevista en el Art.45 de la misma como requisito para la entrada en vigor del tratado, las personas con diversidad funcional ocupan un “espacio” legislativo internacional propio, que ahonda en la ruptura de los postulados caritativos y asistenciales anteriores, dando paso a un reconocimiento pleno de sus derechos, y la necesidad de la plena inclusión del colectivo en la participación de la elaboración de las políticas y medidas que los atañen.

Por lo tanto, la Convención debe de ser entendida como un avance jurídico, ético y social, en lo que respecta a la conceptualización de los derechos de las personas con discapacidad. Lo recogido en ella, no sólo supone un hito histórico en lo concerniente al “mundo” de la discapacidad, sino un elemento que representa la configuración de unos parámetros internacionales que abogan por la justicia social, y por ende, en la elaboración de una sociedad más igualitaria, democrática y respetuosa con la dignidad intrínseca de todos los seres humanos.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos recogen preceptos que salvaguardan la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad de todas las personas; pese a ello, la puesta en marcha de políticas que implementen dichos mandatos en relación a la personas con discapacidad son insuficientes o se encuentran sesgadas por matices asistenciales o exclusivos. Este hecho puede estar ligado al rol social que se les ha otorgado al colectivo, y a la exclusión manifiesta llevada a cabo por la mayoría de las sociedades.²⁸ Por ello, la Convención debe de ser entendida como la norma internacional encargada de erradicar dichas disonancias normativas, y la piedra angular en la nueva visión jurídica y social del colectivo.

4.1 Evolución del Derecho Internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la Convención.

La evolución conceptual y social de las personas con discapacidad, plasmada en el capítulo anterior, marca de facto las pautas legislativas en materia de diversidad funcional.

Hasta periodos próximos al actual, la protección/consideración de la discapacidad en el ámbito internacional, venía enmarcada dentro de la legislación relativa a la seguridad

²⁸ PALACIOS RIZZO, Agustina, “El modelo social de la discapacidad”. Op.cit, p. 203-206

social, a mecanismos asistenciales privados y a los procesos relativos a la incapacitación judicial²⁹, es decir, los ordenamientos jurídicos estaban en consonancia con la visión médico-rehabilitadora existente, por lo que el Derecho sólo consideraba a las personas con diversidad funcional desde ámbitos muy concretos, como el sanitario o el asistencial.

El avance conceptual en la materia, supuso una nueva posición de las personas con discapacidad respecto al Derecho, en el ámbito internacional se observó una evolución que se tradujo en la creación de mecanismos legislativos que situaban a dicho colectivo en el plano de los derechos humanos.

Desde la citada perspectiva, se conjuga la necesidad de cambiar el mundo de la discapacidad desde una doble vertiente: El reconocimiento social y legal explicitado en anteriores puntos, y la interiorización por parte del propio colectivo de la necesidad de hacer valer y respetar su dignidad intrínseca, dejando de asumir como inamovible los actos exclusivos a los que son expuestos.³⁰

4.1.1 Primeros Tratados Internacionales

La propia *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 recoge los parámetros sobre los que posteriormente se fundamentarán los ordenamientos jurídicos internacionales en materia de discapacidad. El texto no recoge ninguna mención especial relativa a dicho colectivo, en consonancia con el modelo imperante por aquel entonces, que alejaba a las personas con diversidad funcional del reconocimiento activo de derechos, en favor de una visión médico-paciente.³¹

El primer instrumento de las Naciones Unidas específico en materia de discapacidad es la Resolución sobre la *Rehabilitación social de los disminuidos físicos*, aprobada por el Consejo Económico y Social en 1950, en la que se pretendía erradicar los viejos arquetipos caritativos, dando paso a la rehabilitación como vehículo necesario para la inclusión.³²

Desde la citada fecha, no se redacta ningún tratado que recoja de manera específica los derechos de las personas con discapacidad, ni en los referentes a cuestiones generalistas,

²⁹ IBID, p. 215

³⁰ LIDÓN HERAS, Leonor, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia?. Op.cit, p. 58

³¹ URMENETA, Xabier, "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, Vol.8, Nº38, 2010, pp.68-71

³² SANJOSÉ GIL, Amparo, "EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI". Op.cit, p.10

como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni en los tratados referentes a colectivos específicos -salvo el Pacto Internacional sobre los Derechos del Niño, que hace referencia a los derechos de los niños con discapacidad-.

No es hasta la década de 1970 cuando se formula la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, aprobada mediante resolución 2856 de la Asamblea General, en el año 1971. Resulta paradójico que el primer texto de este calado, haga referencia de forma específica a las discapacidades intelectuales, pudiendo estar motivado por la nula consideración histórica, tanto en el ámbito social como jurídico, respecto a los derechos de las personas con ese tipo de discapacidades.³³

La *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, aprobada mediante la Resolución 3477 de la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975, se muestra acorde con el momento histórico en la que es elaborada; su desarrollo está presidido por la visión médico-rehabilitadora, por lo que las personas con diversidad funcional son concebidas como sujetos tendentes a la protección paternalista ya que su situación es resultado de las patologías biológicas intrínsecas en cada uno de ellos.

Pese a lo mencionado, las personas con discapacidad comienzan a ser reconocidas como titulares de derechos en las mismas condiciones que el resto de la ciudadanía, además de establecer mecanismos y principios de diálogo civil, por los que las organizaciones representativas en materia de discapacidad deben de ser consultadas en los temas relacionados con los derechos humanos.

Las nuevas inquietudes surgidas en la materia cristalizan en la declaración del año 1981, como el del *Año Internacional de los Impedidos*, con el fin de promover una mayor concienciación sobre la necesidad de la integración y participación social del colectivo. Fruto de los trabajos llevados a cabo durante dicho periodo, en 1982 se aprueba el *Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad*; la relevancia de dicho programa se encuentra en la utilidad del mismo, siendo piedra angular de las políticas y acciones gubernamentales, nacionales e internacionales, durante un amplio periodo de tiempo³⁴.

³³ IBID, p.12-14

³⁴ SANJOSÉ GIL, Amparo, "EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI". Op.cit, p.17.

Podríamos considerar que el Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad inicia el cambio de paradigma dentro del ámbito de las Naciones Unidas. Así, el párrafo 21 señala:

“Para lograr los objetivos de participación e igualdad plenas, no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia los impedidos. La experiencia ha demostrado que en gran parte el medio es el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida”³⁵

La tendente relevancia otorgada por las Naciones Unidas, en referencia a las problemáticas asociadas al colectivo integrado por las personas con discapacidad, y los procesos de exclusión enquistados a lo largo de la historia de la humanidad, llevan a la aprobación del *Decenio Mundial de las personas con discapacidad 1982-1992*. Dentro de dicho contexto, a finales de los años 80 se elaboraron las *Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos*, y en el año 1991 los *Principios para la protección de la Salud Mental*³⁶. En dicho decenio, se pueden observar diversos contrastes respecto a la implementación de medidas, sociales y legislativas, que resultasen eficaces para la inclusión y protección del colectivo. Por un lado, existía la pretensión de crear una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que no pudo implementarse debido a la inmadurez social y jurídica existente por aquel entonces en la materia³⁷. En contrapartida, dicho periodo culminó con la aprobación de *las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, que pese a no ser un texto vinculante, ofrecía unas líneas maestras de actuación futura, encaminadas hacia la incorporación del modelo social de la discapacidad en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Al parecer evidente su vinculación con los Tratados Internacionales de derechos humanos, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad fueron aceptadas plenamente como una herramienta más de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Así dicho órgano señala que: *“Cualquier violación del principio fundamental de igualdad y cualquier discriminación o*

³⁵ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, Resolución A/RES/37/52, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982.

³⁶ Principios para la protección de la Salud Mental, Resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991

³⁷ SANJOSÉ GIL, Amparo, “EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI”. Op.cit, pp.25-27

*diferencia negativa de trato de las personas con discapacidad, que contravenga las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, vulnera los derechos humanos de estas personas”*³⁸

Dichas normas se estructuran en cuatro apartados: a) Requisitos para la igualdad de participación, b) Esferas previstas para la igualdad de participación, c) Medidas de ejecución y d) Mecanismos de supervisión.

El articulado del texto encuentra su fundamentación principal en el respeto por el valor de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, y en particular, en el valor individual que albergan todas las personas con discapacidad. Para ello, insta a los Estados a adoptar medidas que fomenten la erradicación de los procesos excluyentes, estableciendo espacios de concienciación social sobre la problemática, y activando planes especiales en diferentes aspectos estratégicos (accesibilidad, igualdad de oportunidades, etc.), que aseguren el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación.³⁹

4.1.2 *Hard Law* en las Naciones Unidas en materia de Discapacidad

Pese a que algunos de los instrumentos referentes a los derechos humanos hasta el momento mencionados, tienen un carácter universal, y por lo tanto incluyen a las personas con diversidad funcional, surgió la necesidad de corroborar si dichos mecanismos legales ofrecían garantías fácticas y efectivas, a la hora de velar por el respeto de la dignidad y los derechos humanos del colectivo.

Todos los ordenamientos jurídicos vinculados a los derechos humanos, albergan en su articulado una disposición genérica que protege frente a la discriminación, incluida la derivada por motivos de discapacidad.⁴⁰ Pese a ello, y motivado por lo expuesto en el anterior párrafo, se elabora un *Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Dicho análisis, elaborado por Quinn y Legener, recorre todos los tratados y mecanismos insertos en las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, analizando si dichos preceptos legislativos sirven para dar cobertura, en la citada materia, a las personas con discapacidad.

³⁸ *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos humanos, párrafo 1.

³⁹ LIDÓN HERAS, Leonor, *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia?*. Op.cit, p.66-69

⁴⁰ IBID, p. 72

La conclusión reflejada en el Informe advierte que pese a las grandes posibilidades existentes dentro de los marcos normativos vinculados a los derechos humanos dentro de las Naciones Unidas, la utilización de estos, respecto a la protección de los derechos inalienables de las personas con diversidad funcional, han sido objetivamente insuficientes. Pese a ello la progresiva concienciación en la materia, vislumbrada a lo largo de las últimas décadas del S.XX, invita a establecer mecanismos precisos y constantes, que posibiliten acciones concretas en materia de discapacidad.⁴¹

Fruto de las recomendaciones dispuestas en las conclusiones del Informe, surge la necesidad de adoptar un Tratado específico en la materia, con carácter vinculante, y que incorpore las nuevas conceptualizaciones y necesidades patentes del colectivo.

4.2 El modelo social dentro de la Convención Internacional

Las personas con discapacidad siguen siendo un grupo de extrema vulnerabilidad y exclusión dentro del panorama internacional. Por ello, y tras cuatro años de discusión y elaboración, el 13 de diciembre de 2006 se aprueba en el ámbito de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En primer lugar, la Convención otorga a las personas con diversidad funcional la protección fijada desde los tratados internacionales referentes a los derechos humanos, con el consiguiente avance en la lucha contra la discriminación del colectivo. Desde la misma perspectiva, se pone en valor la discapacidad como fenómeno que responde a la diversidad humana.⁴²

Por lo tanto, la Convención se entrelaza con el modelo social anteriormente explicitado, tomando como referencia la necesaria protección que debe de gozar en el marco internacional, todas las vertientes de la diversidad humana. Por ello, el articulado del Tratado vincula directamente la discriminación basada en la discapacidad, con las rémoras sociales aun hoy vigentes en el ámbito internacional. A tal efecto, el Art.1 señala que *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades*

⁴¹ QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas, Ginebra, 2002.

⁴² SASTRE CAMPO, Ana, "La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, 2012, pp. 77-94.

fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Como se puede observar, lo reflejado en la Convención parte de la premisa de la necesidad de erradicar o remover los obstáculos de índole social que al interactuar con las personas con diversidad funcional, dificultan o excluyen a las mismas y les privan de ejercer sus derechos de forma igualitaria, respecto al resto de la ciudadanía.

Este nuevo marco normativo conlleva importantes consecuencias para las personas con discapacidad, sobre todo las relacionadas con la necesaria “visibilidad” que se impulsa desde el plano internacional, así como su consideración dentro del espacio de los derechos humanos y el consiguiente mecanismo legal para darles cobertura.⁴³

Sin duda, una de las premisas desde la que se debe de impulsar cualquier movimiento de índole social que persiga un nuevo marco relacional y que suprima las relaciones de fuerza y poder vigentes, debe de ser la prevención a través de la educación.

Al respecto, Jesús Muyor Rodríguez, cita tres niveles en los que la Convención incide para renovar las relaciones sociales respecto a la discapacidad desde el plano educativo:

- Difusión de la Convención como herramienta jurídica, dentro del plano referente a las ONG existentes en la materia.
- Acercar la idiosincrasia de la diversidad funcional a toda la ciudadanía, a través de procesos educativos, dirigidos en especial a niños, niñas y adolescentes.
- Insertar las nuevas conceptualizaciones surgidas a raíz de la Convención Internacional, dentro del Curriculum de los diversos programas de estudios académicos -en especial en los de Derecho, Trabajo Social, Psicología, Sociología, Arquitectura, Ciencias Políticas, etc.-⁴⁴

⁴³ PALACIOS RIZZO, Agustina, “El modelo social de la discapacidad”. Op.cit, p. 208-211.

⁴⁴ MUYOR RODRÍGUEZ, Jesús, “La (Con) ciencia del Trabajo Social en la discapacidad: Hacia un modelo de intervención social basado en derechos”, *Documentos de Trabajo Social: Revista de trabajo y acción social*, N°49, 2011, pp. 17-23.

Obviamente, con la elaboración de la Convención, quedó patente la necesidad de establecer una mayor cobertura jurídica a las personas con discapacidad en los ámbitos nacionales e internacionales, que garantizase el respeto por sus derechos, pero como ya hemos señalado anteriormente, de nada sirve abordar el plano legislativo, si no se interrelaciona con el plano preventivo y social. La historia había demostrado que la visión que se había manejado acerca de la discapacidad, y las estructuras sociales exclusivas a las que hacían frente las personas con diversidad funcional, impedían su desarrollo personal y los relegaba a un espacio de ostracismo y marginación. Por ello, y partiendo de la premisa que la exclusión debe de ser abolida desde el cambio paradigmático social, la Convención primó la educación activa como vehículo del mencionado proceso, ya sea para reestablecer los mecanismos relacionales con el resto de la ciudadanía, o para empoderar al propio colectivo.

Esta necesidad de cambio palpable, queda refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando en el año 2001 reconoce que:

*“A pesar de los esfuerzos emprendidos (por órganos y organizaciones) para aumentar la cooperación y la integración, además de la concientización y sensibilización acerca de las cuestiones relativas a la discapacidad, ellos no han sido suficientes para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política”.*⁴⁵

Es por ello, que el articulado que se analizará en el siguiente epígrafe, persigue remover cualquier obstáculo de índole social que dificulte el completo y normal desarrollo de las personas con discapacidad, el disfrute de sus derechos, y el acceso igualitario a los recursos existentes.

Una sociedad inclusiva tiene el objetivo de que todos sus ciudadanos puedan gozar de sus derechos en igualdad de condiciones, disfrutar de una calidad de vida óptima y acceder de forma equitativa al espacio de las oportunidades⁴⁶. Solo de esa forma estaremos respetando la dignidad inherente a todos los seres humanos, y por lo tanto, construyendo una sociedad democrática e igualitaria.

⁴⁵ Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

⁴⁶ FELICIA CHAMORRO, María y SILVERO AREVALOS, José Manuel, “Enfoque de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Las Tecnologías de la Información y Comunicación como elemento de inclusión social”, *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, Vol.10, Nº2, 2012, pp. 249-252.

4.3 Nuevas perspectivas jurídicas vinculadas a la Convención

Uno de los primeros debates que surgieron en torno a la elaboración de la Convención, radicaba en la necesidad o no de incluir nuevos derechos vinculados a las personas con discapacidad. Desde los albores de dicho documento quedo patente que el objeto, iría dirigido a reconocer el disfrute en igualdad de condiciones de todos los derechos reconocidos al resto de personas, por ende, a lo no creación de “nuevos” derechos vinculados a la casuística.⁴⁷

Es importante señalar, en el seno de la aplicación de lo dispuesto en la Convención Internacional, su carácter vinculante para los Estados firmantes. De esta forma, el contenido a tratar a continuación debe de ser incorporado en los ordenamientos nacionales de los citados Estados. En este ámbito Internacional, conviene distinguir entre los Tratados Internacionales y los regionales, siendo los primeros los que dotan al articulado de un carácter universal⁴⁸. Por ello, debemos de poner en valor la importancia de la elaboración del citado marco normativo, ya que se trata del primer marco legislativo internacional, referido a los derechos humanos de las personas con discapacidad, y además, con carácter vinculante.

En cuanto a su estructura, la Convención cuenta con un preámbulo y 50 artículos en los que desarrolla el nuevo espacio jurídico internacional sobre la protección a las personas con discapacidad. En su artículo 1 define el propósito de la Convención, así como la consideración de quienes son personas con discapacidad, en el artículo 2, refiere las definiciones de las terminologías necesarias para la correcta comprensión del resto del articulado. El tercer artículo define los principios generales que sustentaran las líneas de actuación respecto a las personas con diversidad funcional. El cuarto señala algunas obligaciones que deben de asumir los Estados parte. El artículo 5, refleja el derecho a la igualdad y no discriminación y el 6 y 7, hacen referencia a las cuestiones vinculadas con las mujeres y menores con discapacidad. El artículo 8, plasma la obligación de los Estados Parte, de sensibilizar y educar a sus conciudadanos. Del 9 al 30 se citan los derechos particulares relacionados con la no discriminación e igualdad recogidos en el artículo 5. Los artículos 31 y 32 mencionan la necesidad de recopilar datos estadísticos

⁴⁷ PALACIOS RIZZO, Agustina, “El modelo social de la discapacidad”. Op.cit, p.235-238

⁴⁸ MARCOS MARTIN, María Teresa, “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como nuevo prescriptor de las legislaciones internas. Examen y análisis del artículo 19 de la convención y su alcance, extensión e intensidad en España. Correspondencias y carencias”, *Revista de Derecho UNED*, N°9,2011, pp. 175-182.

e implementar medidas de cooperación internacional. Del artículo 33 al 40, se contemplan las medidas de implementación y supervisión de la Convención, por último, entre el artículo 41 y 50, se encuentran las disposiciones finales, referentes a la ratificación, firma, etc.

4.3.1 Principios generales y obligaciones que establece la Convención

Como ya hemos mencionado anteriormente, la Convención parte de la premisa del reconocimiento de los mismos derechos vinculados a todos los seres humanos, si bien, muchos de dichos preceptos suponen un punto de inflexión, en relación a la concepción jurídica de las personas con discapacidad, tanto en el Derecho Internacional como en el caso de España. Los principios recogidos en el Artículo 3 del Tratado son:

- El respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- La no discriminación;
- La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- La igualdad de oportunidades;
- La accesibilidad;
- La igualdad entre el hombre y la mujer;
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Aunque alguno de los principios enumerados son ampliamente conocidos y aceptados por la Comunidad Internacional – igualdad entre hombre y mujer, no discriminación, la igualdad de oportunidades-, otros conllevan una nueva consideración acerca de los derechos de las personas con discapacidad, así como un giro en la teorización social que se desarrollaba al respecto⁴⁹. Para ejemplarizar lo mencionado, se debe de hacer referencia a lo recogido acerca de la capacidad decisoria del colectivo, el principio de accesibilidad, el respeto por la diversidad y dignidad intrínsecas en todas las personas con diversidad funcional, etc. Que no hacen más que acentuar la especificidad presente

⁴⁹ SANJOSÉ GIL, Amparo, “EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI”. Op.cit, p.22

en la discapacidad, y la necesidad de ser respetada y tenida en cuenta, con el fin de lograr una plausible igualdad.

A su vez, la Convención establece una serie de obligaciones a los Estados parte, que podrían subdividirse en dos grandes categorías⁵⁰:

- Las relativas a los Derechos civiles y políticos.
- Los Derechos económicos, sociales y culturales.

Mientras las primeras – no discriminación, igualdad de oportunidades, persecución de actos contrarios a la Convención, etc.-, son de aplicación de carácter inmediato, los relacionados con los Derechos económicos, sociales y culturales, mantienen una cierta ambigüedad léxica en su definición, que pueden albergar un carácter progresivo respecto a su implantación⁵¹. Así el Art 4.2 señala: “Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.”

Por último es relevante señalar la implantación en el punto 3 del artículo 4, de una petición efectuada desde las organizaciones vinculadas al mundo de la discapacidad: La necesaria participación del colectivo en la discusión y adopción de medidas de diversa índole, en especial, las que les incumban de manera sustantiva.

4.3.2 Igualdad y no discriminación

El paradigma social implícito en la Convención fomenta la concepción de la igualdad desde la correlación de la persona con su entorno, es decir, vinculando los fenómenos de exclusión y discriminación que sufre el colectivo, a los obstáculos sociales presentes que dificultan el acceso a la plena igualdad.

El principal respaldo a la mencionada premisa se encuentra en el artículo 5, que precisamente hace referencia a la implementación de medidas que aseguren una igualdad formal y material del colectivo. Cabe matizar que lo recogido en dicho

⁵⁰ LIDÓN HERAS, Leonor, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia?. Op.cit, pp. 80-83

⁵¹ IBID, p.85

precepto sirve de eje vertebrador para el resto de las disposiciones de la Convención, ya que el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad conlleva reconocer su derecho a la igualdad, además de perseguir los actos discriminatorios.

El apartado 1 del citado artículo señala que: *“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”*. En dicha disposición legal, encontramos la necesidad de asegurar una igualdad en la aplicación de la Ley, es decir, se aborda desde el plano jurídico de la igualdad formal.

La necesaria búsqueda de la igualdad material, implica una erradicación total de las conductas discriminatorias, patentes en las relaciones sociales del colectivo, y que suponen un lastre para el desarrollo personal de las personas con diversidad funcional. Así, el apartado 2 define: *“Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*.

Uno de los aspectos que me parece relevante en cuanto a lo novedoso para los sistemas jurídicos de los Estados firmantes, es el reconocimiento de una amplitud de circunstancias que pueden estar presentes en la discriminación por motivos de discapacidad, se ahonda en la concepción de que discriminatorio es todo aquello que interfiera en los derechos de cualquier individuo por causas relacionadas con la discapacidad, estén presentes o no dichas características en el sujeto víctima de discriminación. Este tipo de discriminación se ha venido denominando como refleja, y supone que existen actitudes discriminatorias que no se vinculan de forma directa o indirecta a la víctima, sino que son un reflejo discriminatorio llevado a cabo por las características personales de un tercero vinculado a la persona víctima de discriminación.⁵²

Por último, y en relación a las medidas tendentes a asegurar la igualdad material presentes en la Convención, el apartado 4 del artículo 5 recoge: *“No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean*

⁵² Caso S. Coleman contra Attridge Law. Sentencia de 17 julio 2008: **TJCE\2008\176**. La sentencia recoge el fallo del Tribunal Superior de Justicia Europea, que determina la existencia de discriminación por motivos de discapacidad en la relación laboral entre la citada sociedad y el progenitor de un hijo con diversidad funcional. Dicha discriminación es debida a la patología del hijo del denunciante, por lo que por primera vez se reconoce la existencia de actitudes discriminatorias que no se vinculan directamente con la víctima, sino por causas ligadas a un tercero que repercuten de forma refleja en una persona de su entorno.

necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad". La discriminación exacerbada que han sufrido las personas con discapacidad a lo largo de la historia provoca que su inclusión social y su equiparación jurídica con el resto de ciudadanos, no pase solo por medidas que persigan la erradicación de comportamientos individualizados y concretos, sino también por la adopción de estrategias de acción positiva⁵³. Dichas medidas buscan equilibrar temporalmente las actitudes excluyentes presentes en el contexto social respecto a las personas con diversidad funcional, con el fin de garantizar el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones respecto al resto de la población.

4.3.3 Igual reconocimiento como persona ante la Ley.

Inserto en el abanico de disposiciones vinculadas a la igualdad dentro de la Convención, y partiendo de la premisa que las dificultades que se encuentran las personas con diversidad funcional para tomar sus propias decisiones, en ocasiones pueden estar motivadas por las barreras existentes en nuestro entorno social⁵⁴, el artículo 12 señala la necesidad de remover cualquier obstáculo que dificulte el acceso del colectivo al disfrute y reconocimiento de su plena capacidad, instando a adaptar los procesos relativos a la determinación de la capacidad recogidos en los ordenamientos nacionales, a la idiosincrasia única y personal de cada sujeto.

Así, en el artículo mencionado se cita: 1." *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*".

Mediante lo expuesto, la Convención hace un especial hincapié en la capacidad que poseen todas las personas con discapacidad para disfrutar y ejercer sus derechos, y en especial, aquellas que hasta el momento parecían haber quedado al margen de todas las

⁵³ SASTRE CAMPO, Ana, "La no discriminación de las personas con discapacidad". Op.cit, p.82-86

⁵⁴ CUENCA GOMEZ, Patricia, "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Nº 10, 2012, pp.71-74

regulaciones internacionales y nacionales, es decir, las personas con una discapacidad intelectual o una enfermedad mental⁵⁵.

Frente al modelo médico, el nuevo paradigma social sobre el que se asienta la Convención, y en especial el citado artículo, se replantea la consideración jurídica que albergan en los ordenamientos nacionales e internacionales las personas con discapacidad psíquica. La práctica habitual consistía en la nula consideración acerca de las capacidades de este colectivo, por lo que las actitudes paternalistas o benefactoras presidían el pensamiento social y jurídico. La Convención hace patente la necesidad de lograr una verdadera igualdad en el goce y acceso a los derechos, incluida la plena capacidad (en el caso de España, debemos referirnos a la capacidad jurídica y a la de obrar), modificando las condiciones planteadas anteriormente y resaltando la importancia de poner en valor las capacidades intrínsecas al colectivo, con el objetivo de favorecer un óptimo desarrollo personal y social.

En la misma línea, no atañe a las personas con discapacidad “demostrar” su valía para disfrutar de una plena capacidad, de tal forma que una práctica habitual sea ser privada de ella y sustituida por un tercero; sino que es el constructo social el que debe amoldarse a las circunstancias personales de las personas insertas en el colectivo.⁵⁶ Lo expuesto hace referencia a las situaciones en las que se asocian ciertas discapacidades (como por ejemplo el Síndrome de Down), a una nula capacidad para autogobernarse de forma eficiente, este enfoque errático debe de ser sustituido por nuevos planteamientos que insten a la sociedad a implementar herramientas, que busquen adecuar las condiciones sociales que dificultan el acceso al disfrute de la plena capacidad del colectivo. Para ello la propia Convención recoge algunos mecanismos a tener en cuenta: La accesibilidad universal (adecuación de espacios públicos, adaptación de medios de comunicación, información accesible, etc.) y los apoyos individualizados.

Con lo expuesto, la Convención plantea unos cambios sustantivos en el marco jurídico referente a los procesos de modificación de la capacidad; se trata de remover los obstáculos presentes, que dificultan la toma de decisiones propias de las personas con discapacidad. Y donde las vicisitudes personales dificulten el autogobierno de las

⁵⁵ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GOMEZ, Patricia y RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº5, 2012, pp.53-80

⁵⁶ IBID, pp. 62-65

mismas, se debe de proceder a implementar los ajustes necesarios – puede ser el apoyo de un tercero- que faciliten la toma de decisiones propias.⁵⁷

Cuando las medidas relativas a la accesibilidad no sean suficientes para que la persona con discapacidad, goce de una completa igualdad en el acceso a su capacidad, se implementarán apoyos individualizados y amoldados a las características intrínsecas de cada persona. Dichos apoyos – intervención de un tercero-, cuentan con los límites expuestos en el apartado 4 del artículo 12, que refiere: *“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”*

Como se desprende de lo citado en el apartado cuarto, las medidas deben de perseguir el apoyo en la toma de decisiones, respetando la voluntad y preferencias de la persona a la que se le brinda dicho apoyo, y salvo en casos excepcionales, nunca fundamentadas en la sustitución total de la voluntad del interesado.

Es decir, la Convención, plantea nuevas pautas a seguir en lo concerniente a la respuesta judicial en materia de limitaciones, problemáticas o dificultades para el autogobierno, abandonando el sistema de representación legal, en la que la voluntad del incapaz era sustituida por el tutor, para adentrarse en un sistema de apoyos puntuales y concretos, que respeten su capacidad natural para la toma de decisiones.⁵⁸

La capacidad de obrar no puede ser cuestionada simplemente por la existencia de una discapacidad psíquica, hecho que vulneraría de facto el artículo 5 de la Convención Internacional, y que rompe con el status clásico, que asociaba ciertas discapacidades

⁵⁷ International Disability Alliance, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD” disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

⁵⁸ LADRÓN TABUENCA, María Pilar, “Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención Internacional de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°5, 2012, pp. 206-212

con procesos de incapacitación total.⁵⁹ En consecuencia, se debe de analizar, además de la idiosincrasia individual de cada sujeto, las características sociales y ambientales, con el fin de diseñar los apoyos necesarios que precise en el ejercicio de su capacidad.⁶⁰

Por lo tanto, lo contenido en el artículo 12 de la Convención es imprescindible para asegurar el disfrute en igualdad del resto de derechos recogidos en el texto legal, ya que sin el adecuado respeto por las decisiones y voluntad del colectivo, el grado de implementación de los preceptos de la Convención sería prácticamente nulo. Lo explicitado, tiene especial relevancia respecto al “derecho de acceso a la justicia (art. 13); del derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente y a la seguridad (art. 14); a no ser sometidos a experimentos médicos o científicos sin el consentimiento libre e informado, a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 15); a tener una vida independiente y a vivir en la comunidad (art. 19); a elegir con quién se relaciona, a casarse, tener hijos o adoptarlos, construir una familia y vivir en su propio hogar (art. 23); a decidir en materia de educación (art. 24); a decidir en materia de salud y gozar de buena salud (art 25); a acceder y elegir el trabajo en el que se quiera desarrollar (art. 27); a elegir dónde vivir y de forma digna estando protegidos por la sociedad y a ser asesorados para la toma de decisiones en materia financiera (art. 28); a decidir en el ejercicio de sus derechos de participación en la vida pública y política como votar, ocupar cargos públicos y servir en jurados (art. 29).

5. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEGISLACIÓN DE CARÁCTER PÚBLICO ESPAÑOLA

5.1 Breve recorrido de la situación de las personas con discapacidad en la etapa pre-constitucional.

El siglo XX irrumpe con la, cada vez más tendente, necesidad de dar respuesta a los problemas sociales que imperaban por aquel entonces, la creciente conciencia social respecto a la necesidad de otorgar un cierto nivel de protección a las personas inmersas en situaciones de invalidez por motivos laborales, instaurada en buena parte del colectivo social y político de las primeras décadas del S.XX, se ve reflejada en el texto Constitucional supeditado por el gobierno de la Segunda República, que en su Artículo 46 señalaba:

⁵⁹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GOMEZ, Patricia y RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “Capacidad jurídica y Discapacidad”. Op.cit, pp.55-60

⁶⁰ CUENCA GOMEZ, Patricia, “El sistema de apoyos en la toma de decisiones”. Op.cit, pp.68-72

"El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes.

La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte (...)".

La etapa dictatorial vigente en España durante gran parte del Siglo XX, supuso una involución para el desarrollo social presente en aquella época, el modelo autárquico y regresivo impuesto por el régimen, sumió a gran parte de la población en situaciones de exclusión, relegando la protección de ciertos colectivos a la beneficencia orquestada por los estamentos eclesiásticos. Pese a ello, y con la intencionalidad de frenar los movimientos de protesta social que empezaron a surgir en los años posteriores al inicio de la dictadura, se crean legislaciones que pretenden "equiparar" ciertos niveles de protección al marco presente en los Estados Europeos de aquel entonces.

En la década de los 60, el aire desarrollista que se respiraba en el marco Internacional, supuso para España la evolución en ciertos aspectos relacionados con la protección social, así, bajo el amparo de esas nuevas casuísticas, se crea en 1963 la Ley de Bases de la Seguridad Social, que materializó el paso de los seguros sociales a un Sistema de Seguridad Social. Entre los preceptos recogidos en la articulación de dicha normativa, se reconocía la necesidad de proteger las situaciones en las que existe una invalidez permanente, por lo que más allá de las prestaciones dispuestas, la Base 15 definía situaciones a instaurar como acciones de servicios sociales:

c) "*Reeducación y rehabilitación de inválidos mediante la organización de los centros y servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación, y rehabilitación profesional de los trabajador e inválidos*"⁶¹.

Por último, en el año 1968 se instaura el Servicio Social de asistencia a menores subnormales, que en 1970 elimina el sesgo de la edad, pasando a denominarse de Asistencia a subnormales. Este servicio, y debido a su fusión con el Servicio de reeducación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), instauran en España el primer

⁶¹ MINISTERIO DE TRABAJO, SUBSECRETARIADO DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "La provisión social en España: Del instituto Nacional de Previsión al Instituto Nacional de Seguridad Social", 2007.

servicio de atención especializada a personas con discapacidad, tanto física como psíquica⁶².

5.2 Protección de las personas con discapacidad en la Constitución española

La Constitución Española de 1978 supone el marco legislativo que recoge el cambio del modelo social y político surgido tras la finalización del régimen franquista. Los nuevos aires renovadores y democráticos confluyen en la redacción de la Carta Magna que impulsa valores como la igualdad, la libertad o la dignidad, conceptos que supusieron varias décadas de luchas y ostracismo, y que perseguían asegurar un modelo en el que el libre desarrollo de los ciudadanos fuera una meta irrenunciable.

Antes de abordar el precepto Constitucional que menciona expresamente a las personas con discapacidad, me parece relevante hacer mención a ciertas disposiciones de la Carta Magna que sirven como pilar para dar cobertura a las nuevas consideraciones jurídicas existentes en la materia, y que como veremos en apartados posteriores, serán la base constitucional para la formulación de leyes vigentes en la actualidad.

Así el Art 9.2 recoge que *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. Sin mencionar expresamente ningún colectivo, la terminología de ciudadano incluye a las personas con discapacidad como sujetos activos de dicha protección, por lo que lo recogido en este artículo constitucional, servirá de sustento para las posteriores reivindicaciones y exigencias del colectivo formado por las personas con diversidad funcional.

Otra de las premisas recogidas en la Constitución, y que sin duda tiene un importante impacto en el devenir de la capacidad otorgada por los marcos legislativos a las personas con discapacidad en nuestro país, se halla en el Art.10: *"1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". 2. "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de*

⁶² JIMENEZ, Antonio, "Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos", *Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol.47, Nº1, 2010, pp. 145-148

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". En el punto 1 del presente artículo, se hace referencia a un término que supondrá la base sobre la que se articularán las posteriores Leyes referentes a la protección de las personas con discapacidad, la dignidad humana.

Como hemos mencionado en el capítulo referente a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos no cita directamente a las personas afectadas por algún tipo de discapacidad, lo que supuso un vacío legislativo que trajo consigo el incremento en las posteriores décadas de los niveles de exclusión y pobreza del colectivo⁶³, aun así, los postulados aceptados y recogidos en dicho texto, fundamentaron muchos marcos constitucionales posteriores, incluido el de nuestro país. Lo mencionado, y la vinculación expresa de la dignidad humana con los Tratados Internacionales ratificados por España, en especial la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, confieren una importante impronta al citado artículo.

Otro artículo de especial relevancia para las personas con diversidad funcional dentro de la Constitución es el 14, que refiere: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

La combinación de los tres artículos mencionados, junto a los preceptos recogidos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, conforman el marco jurídico básico en el que se desenvuelven las nuevas exigencias sociales y jurídicas respecto a la consideración de la capacidad de las personas con discapacidad.

El denominador común de los textos Constitucionales coetáneos al español –salvo el portugués-, es la no inclusión de artículos específicos en referencia a las personas con discapacidad. En los últimos tiempos, dicha práctica viene siendo corregida, aunque en muy pocas ocasiones se recogen concreciones tan plausibles como en nuestro país.⁶⁴

Así, debemos referir lo dispuesto en el artículo 49 de nuestra Constitución: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e*

⁶³ URMENETA, Xabier, “Discapacidad y Derechos Humanos”. Op.cit, p.74

⁶⁴ DE LORENZO, Rafael y PALACIOS, Agustina, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007, p.63

integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Pese al carácter inclusivo y reformador que albergaban los artículos enmarcados en el Capítulo III del Título I – como es el caso del 49-, concernientes a los Principios rectores de la Política Social y Económica, la realidad los sitúa en el plano del “voluntarismo”, ya que su inclusión en la Constitución supone un compromiso por parte del Estado de llevar a cabo dichas actuaciones, pero nunca en el reconocimiento de derechos subjetivos exigibles por la ciudadanía.

El artículo 49 va dirigido a todas las personas con discapacidad, y más allá del mandato referido a la realización de políticas de previsión, tratamiento y rehabilitación –reflejo del modelo médico-rehabilitador imperante en aquel entonces-, la Constitución hace una mención concreta a la integración, que debería de ser la base para la realización de todas las políticas protectoras, sirviendo como elemento de evaluación durante su implementación.

Si bien es cierto que los artículos recogidos en el Capítulo III del Título I no crean derechos subjetivos, el artículo 53.3 del mismo texto recoge una premisa de vital importancia, y que es necesario reflejar: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».*

Por esta condición de informadores, los principios referidos no son preceptos vacíos de contenido, sino piezas fundamentales a la hora de analizar el resto del contenido Constitucional y las Leyes. Además, pese a no ser derechos fundamentales, y por lo tanto, no tener amparo directo por el órgano constitucional, estos principios podrán ser invocados en consonancia con lo que la legislación ordinaria contemple en su desarrollo.⁶⁵

Por lo tanto, queda patente que la Carta Magna deja en manos del legislador, el tiempo y forma en el que se desarrollarán los preceptos recogidos en el Capítulo III del Título I – incluido el artículo 49-, por lo que la protección y consideración hacia las personas

⁶⁵ DE LORENZO, Rafael y PALACIOS, Agustina, “Discapacidad, derechos fundamentales”. Op.cit. p.69

con discapacidad, dispensada por la legislación española en este ámbito, será analizada en virtud de las Leyes que han venido regulando dicha cuestión.

5.3 Hitos normativos en España en materia de discapacidad en el ámbito de la protección pública.

La primera gran regulación en el marco Constitucional referente a las personas con discapacidad se recoge en la *Ley 13/1982 del 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)*. Dicha marco normativo pretendía hacer valer los preceptos Constitucionales y así se indicaba en su Art.1 *"Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias."*

La presente Ley recoge un amplio espectro de medidas de inclusión social, laboral y educativa que enmarcan la protección legislativa destinada al colectivo hasta fechas recientes (vigente hasta el 4 de diciembre de 2013). Se regula la percepción de ingresos mínimos a aquellas personas con un grado de discapacidad determinada que no tengan medios de subsistencia, la asistencia sanitaria y farmacéutica, etc.

En materia educativa se reconoce al acceso al sistema general de educación, recibiendo los apoyos que fuesen necesarios para lograr la plena inclusión del colectivo en la citada materia. La educación especial queda reservada a los casos indicados y valorados específicamente por profesionales ductos en la materia⁶⁶.

Respecto a la inclusión laboral, el Art.37 recoge que *"Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido"*. En definitiva, se trata de la primera Ley en el marco Estatal que persigue la plena dignificación humana de las personas con discapacidad.

Otro de los marcos legislativos con una especial impronta respecto a las personas con discapacidad es la *Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2013)*, que recoge por primera vez las circunstancias sociales

⁶⁶ CASANOVA CORREA, Juan, "La política de Inclusión Social de los discapacitados en Sociología", *Mundos sociais: saberes e praticas*, 2008, pp.5-8

como causa de exclusión y/o vulneración de las personas con discapacidad, por lo que establece un marco normativo que trata de remover dichos obstáculos sociales con el fin de lograr una plena inclusión de las personas con diversidad funcional⁶⁷. Es por ello que se recogen preceptos como "vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad." Para asegurar el cumplimiento de la Ley, se crean mecanismos de tutela judicial en casos de discriminación o incumplimiento en el acceso universal a cualquier producto y servicio⁶⁸, además de instaurar medidas de acción positiva compensatorias en casos de especial vulnerabilidad dentro del colectivo (mujeres discapacitadas, niños y niñas con discapacidad, personas con mayor necesidad de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la libre toma de decisiones, etc.)

Por último, la *Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*, pretende establecer un marco legal basado en la igualdad y no discriminación de las personas inmersas en circunstancias que, debido a sus características físicas, psíquicas o sensoriales, impiden el libre desarrollo en la práctica de las actividades básicas de la vida diaria. Para ello se instaaura un "Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia" que alberga recursos y prestaciones con el fin de minimizar el impacto de dichas disfunciones, es decir, se considera que la situación de dependencia es consecuencia de las diversidades funcionales personales, lo que retiene una impronta del modelo medico/rehabilitador. La Ley obvia la creación de mecanismos de eliminación de barreras sociales que también son agravantes de la dependencia,⁶⁹ y aunque quizá el objeto a abordar no era

⁶⁷ En su artículo 1.1, la Ley muestra una clara impronta social, en lo que respecta a los motivos que dan origen a la discapacidad, y en la integración como vehículo para la igualdad. Así define: "*Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los [artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución](#).*"

A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social"

⁶⁸ CASANOVA CORREA, Juan, "La política de". Op.cit, p. 10

⁶⁹ DE ASIS ROIG, Rafael, " Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N°5, 2007, pp.3-11.

este, en mi opinión se trata de un factor clave para implementar de una forma eficiente e integral la promoción de las personas en situación de dependencia.

Aunque la materia reflejada en las Leyes citadas –Existe más normativa en referencia al colectivo-⁷⁰, es muy abundante y relevante para el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad en nuestro país, lo plasmado pretende reflejar las líneas maestras referidas a la concepción jurídica observada en nuestra legislación, así como la evolución hacia un modelo social acorde con lo expuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5.4 Personas con discapacidad y consentimiento informado: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Alberga en su articulado muchos de los preceptos que no habían sido contemplados de manera explícita en la Ley de Sanidad de 1986⁷¹, en concreto, se trata del primer marco jurídico que describe y fundamenta la relación médico-asistencial en el respeto a la dignidad intrínseca del paciente y en su capacidad decisoria.

Toda actuación médica debe de estar precedida por el consentimiento otorgado por el paciente, para realizar dicho proceso de forma eficiente, la información debe de ser clara y concisa, y este último podrá elegir de manera libre las opciones disponibles o en su defecto, la negativa a ser tratado⁷².

Respecto a la relación médico-paciente con discapacidad, y su capacidad decisoria respecto al consentimiento informado, el artículo 9.3 cita: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

⁷⁰ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad (Ley 43/2006); Incentivos al contrato indefinido de personas con discapacidad (Ley 43/2006 y R.D. 170/2004); Bonificaciones: contrato en prácticas para personas con discapacidad (Ley 43/2006 y Ley 35/2010); Bonificaciones: contrato de formación y aprendizaje para personas con discapacidad (Ley 43/2006; Ley 35/2010; Ley 3/2012); Cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad: 2% en empresas de 50 o más trabajadores (RD 364/2005); Empleo protegido en centros especiales de empleo. Enclaves laborales; Empleo con apoyo, etc.

⁷¹ La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 10, define los derechos de los pacientes respecto a las Administraciones sanitarias, y en concreto, el apartado c) hace referencia a la capacidad decisoria de las personas con algún trastorno mental

⁷²GARCIA ORTEGA, Cesáreo, " La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002", *Revista Española de Salud Pública*, Nº78, 2004, pp. 469-479.

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente”.

Dichos preceptos tratan de regular la compleja relación existente entre, la capacidad individual de decidir de forma absoluta sobre el devenir del proceso sanitario, y la protección de la vida y de la integridad física⁷³.

La tendencia observada en el articulado de la Ley, nos muestra una visión paternalista, respecto a la capacidad de autogobierno de las personas que muestren alguna dificultad en cuanto a su capacidad de comprensión. Hecho que en mi opinión contradice lo expuesto en el Art.12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que no fomenta de forma plena la autodeterminación de parte del colectivo en lo referente al consentimiento informado, sino que se limita a la sustitución de su voluntad en los casos en que el facultativo responsable considere que el paciente no es capaz de tomar sus propias decisiones.

La importancia de lo citado, radica en la consideración de la capacidad que se les otorga a las personas con discapacidad dentro del ordenamiento español, y sobre todo, en las consecuencias que pueden albergar los procesos de modificación de la capacidad en nuestro país.

5.5 Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención Internacional

Tras la ratificación por parte del Estado español de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, fueron muchas las personas que cuestionaron si el marco legislativo de nuestro país respetaba los preceptos recogidos en dicha Convención. Aún hoy en día el debate sigue estando presente entre los profesionales expertos en la materia, si bien la aprobación de Leyes posteriores a la Convención permite analizar el impacto del Tratado en nuestros marcos normativos.

⁷³ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "LA AUTONOMÍA DEL INDIVIDUO EN EL ÁMBITO SANITARIO: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre.", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nº0, 2004, pp. 237-248

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, es el reflejo de lo citado anteriormente, y de ella se desprende la asunción por parte del Estado del cambio paradigmático vinculado a las políticas relativas a la discapacidad, abandonando definitivamente la visión asistencial y paternalista, para dar paso a una basada en los derechos humanos.

No podemos afirmar que la citada Ley desarrolle todo lo explicitado en la Convención, ya que dicha labor deberá ser implementada durante un extenso periodo de tiempo, pese a ello, podemos reseñar los avances más destacables de la normativa:

- Una ostensible reforma de la Ley de propiedad horizontal, con el objetivo de realizar las actuaciones y obras de accesibilidad que sean necesarias.
- Análisis del impacto de las Leyes en materia de discapacidad, respecto al impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando dicho impacto sea relevante.
- Reconocimiento expreso al derecho a indemnización., cuando una persona sea discriminada por motivos vinculados a la discapacidad
- La creación del observatorio nacional de la discapacidad.
- La designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recaído en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).
- Reforma en la normativa de contratación pública, así como el reforzamiento de las sanciones por no cumplir con la cuota de contratación de personas con discapacidad del 2%.
- El cupo de reservas en la oferta pública de empleo, no será inferior al 7%, además se establece que las Administraciones públicas competentes adoptarán las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y la adaptación de los puestos de trabajo en la función pública.⁷⁴

⁷⁴ ALCAIN MARTINEZ, Esperanza, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, MOLINA FERNANDEZ, Carmen, GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, Juan, Informe 2011: "La protección jurídica de las personas con discapacidad en España", *Fundación Derecho y Discapacidad*, 2011, pp.33-34.

Para finalizar con este breve análisis, cabe mencionar lo recogido respecto a la capacidad de las personas con diversidad funcional en el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, en el que se especifica que “1.El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

*En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.”*⁷⁵

Como se observa, lo recogido en el texto normativo se adecúa a los parámetros estipulados en la Convención, ya que además de perseguir la completa libertad en la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad, se dispone la prestación de apoyos para alcanzar la mencionada libertad decisional, ahondando en la necesidad de erradicar las medidas que sustituían de forma total la capacidad.

6. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

6.1 Discapacidad y capacidad.

Cuando nos referimos a la capacidad de las personas con diversidad funcional dentro del ordenamiento jurídico de nuestro Estado, merece especial atención la diferencia existente entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

En primer lugar, la *capacidad jurídica* alude a que toda persona, por el hecho de serlo, es sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su defunción. Dicha capacidad tiene su fundamento en el precepto de personalidad recogido en el artículo 29 del Código Civil⁷⁶, y en lo referente a los derechos que llevan implícita la igualdad y

⁷⁵ Art.6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁷⁶ El Art.29 de CC define que “El nacimiento determina la personalidad....”

dignidad que son reconocidos a todos los seres humanos dentro de la Constitución Española.

Por lo tanto, la capacidad jurídica es universal (alcanza a todas las personas), incondicional (ya que no requiere ningún requisito para disfrutarla) e inmutable (no existe graduación que la contemple, es decir, no varía a lo largo del tiempo)⁷⁷.

Por otro lado, la *capacidad de obrar*, hace referencia a la capacidad que tienen las personas para realizar actos a los que la Ley atribuye relevancia jurídica y ejercer sus derechos. Por lo tanto debemos asumir que dicha capacidad es variable y depende de las circunstancias personales de cada individuo.

La capacidad de obrar lleva implícita ciertas consideraciones individuales, como la madurez volitiva e intelectual, además de la existencia de ciertos grados de capacidad: La capacidad de obrar plena, la limitada y la incapacidad.

Asumiendo que limitar la capacidad de obrar de una persona debido a sus vicisitudes personales atañe a la dignidad inherente de la misma y a su derecho al libre desarrollo personal; para que se lleve a cabo tal limitación, debe de existir una sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley y que serán explicadas en los siguientes capítulos.

Por lo tanto, las personas con discapacidad –en su gran mayoría mental o intelectual- pueden verse sometidas a procesos judiciales, en los que –como se ha venido practicando con gran asiduidad- se les suprime totalmente su capacidad de obrar, fundamentando dicha actuación en las características personales que dificultan su autogobierno. Como analizaremos posteriormente, esta práctica puede suponer un choque frontal con los preceptos fijados en la Convención Internacional, además de un claro sesgo en un Estado autodenominado “Democrático, Social y de Derecho”.

Como señala SANTOS URBANEJA, desde el derecho romano, el Derecho Civil se ha sustentado entre la diferenciación entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”, es decir, entre el “tener derechos” y el “poder disfrutar de ellos”, y en esta segunda acepción es donde se han consagrado las mayores controversias de nuestro ordenamiento, dado que nos hemos acostumbrado a diferenciar entre: Las personas que

⁷⁷ COMES MUÑOZ, Elena y ESCALONILLA MORALES, María Blanca, “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007, p.170.

tienen capacidad para obrar, y las que por el contrario no⁷⁸. Es en este segundo grupo, donde habitualmente encontramos a un importante número de personas con discapacidad, por lo que se torna relevante conocer el proceso por el que se modifica la capacidad, así como sus consecuencias jurídicas y sociales.

6.2 Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad

En primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido en el Código Civil, establece cuales son las causas de incapacitación, definiendo en su Art.200: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

Para trasladar con exactitud a los procesos de incapacitación lo que supone lo establecido en el Art.200 del CC, debemos de vislumbrar lo que realmente supone albergar una enfermedad o deficiencia que impida el autogobierno de la persona que la padece. Existen discapacidades que no alteran la capacidad de obrar del individuo, ya sea por las características de la diversidad funcional en sí –como sucede en la gran mayoría de las discapacidades físicas-, o por la existencia de apoyos que facilitan el ejercicio de sus derechos –personas con un déficit cognitivo leve que con apoyos puntuales pueden desenvolverse de forma prácticamente autónoma-. En contrapartida, podemos encontrar “deficiencias” que incidan en diversos aspectos del ámbito personal y social del susodicho, y obstaculicen ostensiblemente la ya mencionada capacidad de autogobierno.

Además de lo citado, el precepto señalado hace referencia a la necesidad de la existencia de persistencia en la enfermedad, es decir, que esta presumiblemente sea perdurable en el tiempo. Al respecto, y como bien señala SANTOS URBANEJA, la dificultad reside en discernir la capacidad de autogobierno futura, ya que es innegable que muchas enfermedades o deficiencias no son inamovibles o estáticas, sino que pueden ser susceptibles de mejora o transformación⁷⁹. Por lo tanto, podríamos entender que los casos que respondiesen a este último supuesto, no encajan en lo estipulado en el Código Civil, por ende, no deberían de ser contemplados en los procesos de modificación de la capacidad.

⁷⁸ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Crónica de Previsoria : A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” ,*Revista Digital de Derecho de familia*, 2009, p.6

⁷⁹ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Realidad actual de los procesos de incapacitación”, *Jornada Fundación AEQUITAS- Centro de estudios jurídicos*, Madrid 9 y 10 de Marzo 2009, p.5

Pese a ello, y como vía judicial para poder devolver o modificar la capacidad de las personas que previamente hayan sido incapacitadas, pero no concurren en ellas las causas necesarias para que persista dicha situación, se contempla la posibilidad de reintegrar o modificar el alcance de la modificación de la capacidad.⁸⁰

En referencia a lo concerniente a las incapacitaciones de los menores de edad, el Código Civil recoge que para llevar a cabo dicho proceso, deben de concurrir las causas previamente descritas, además de la previsión de que dichas vicisitudes estén presentes después de la mayoría de edad⁸¹.

6.3 Legitimación y competencia en materia de modificación de la capacidad

El ordenamiento español recoge en el Art.22.3 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), que los tribunales y juzgados españoles son competentes en materia de incapacitación y medidas de protección de la persona y los bienes de los menores y las personas incapacitadas, cuando estos tengan su residencia en España.

A su vez, el Art. 756 de la LEC señala que *“Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”*.

Pese a ello, y en virtud del Art.98 de la LOPJ y 46 de la LEC, en España se han creado algunos juzgados especializados en la materia; aunque una de las constantes reivindicaciones presentes en el asunto en cuestión, es la palpable necesidad de crear nuevos estamentos judiciales que estén especializados en la temática. Dicha reivindicación nace ligada a la coherente reflexión sobre la necesidad de mejorar la protección de los ciudadanos más desprotegidos.

Lo anteriormente citado, plantea de nuevo si el ordenamiento español hace frente de manera óptima a las medidas de modificación de la capacidad, y sobre todo, si no sería

⁸⁰ El Art. 761 de la LEC define que: “1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. 2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado. Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo. 3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda. La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

⁸¹ Artículo 201 del Código Civil.

conveniente crear departamentos especializados que asegurasen una línea de actuación común, tendente a garantizar las medidas de apoyo necesarias para el correcto desarrollo personal y social, de las personas que se ven involucradas en los citados procesos.⁸²

El inicio del procedimiento se vincula a las personas legitimadas para iniciar el proceso (legitimación activa), y contra quién puede dirigirse la demanda (legitimación pasiva). La legitimación activa es ostentada por el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.⁸³ A su vez el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado⁸⁴.

La inclusión del propio incapaz en la parte de la legitimación activa, corresponde a la modificación efectuada por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, que en su Art.14 atribuye al propio incapaz la posibilidad de promover su declaración de incapacidad⁸⁵.

Cualquier otra persona, aun siendo familiar sin la relación reseñada anteriormente, no está legitimada para iniciar el proceso, sin perjuicio de la capacidad otorgada en el Art.757.3, que señala que *cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

En el caso que la incapacitación concorra sobre un menor, la legitimación activa es aún más cerrada, recayendo dicha posibilidad exclusivamente en los progenitores que ostenten la patria potestad o los tutores.

⁸² El CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) En su «Propuesta de reforma del procedimiento de incapacitación», elaborada en enero de 2006, destaca al abordar el tema de la competencia que “existe conformidad en que es necesaria la implantación de juzgados especializados para conocer sobre solicitudes de modificación de la capacidad de obrar, constitución, modificación y seguimiento de órganos tutelares y autorización de internamiento involuntario y seguimientos de tutela”.

⁸³ Art. 757.1 de la LEC

⁸⁴ Art. 757.2 de la LEC

⁸⁵ COMES MUÑOZ, Elena y ESCALONILLA MORALES, María Blanca, “Discapacidad y procedimiento”. Op.cit, p.187

La *legitimación pasiva* la posee cualquier persona, menor o mayor de edad, que sea la parte respecto de la cual pretende declararse la modificación de la capacidad.

6.4 Fases del procedimiento

6.4.1 La demanda

Antes de estudiar cómo debe de iniciarse la modificación de la capacidad, me parece conveniente hacer referencia a algunos aspectos sociales y personales que subyacen al proceso en sí. Frecuentemente, las demandas de modificación de la capacidad son efectuadas sin el riguroso conocimiento de lo que el acto conlleva. La motivación que alberga una demanda de este tipo puede variar de forma ostensible, y en el acto pueden subyacer intereses que a priori, no parecen estar ligados al interés superior de la persona implicada en el acto.

Es práctica habitual resolver problemas de índole social, a través de procesos de incapacitación que a posteriori no mitigan las necesidades presentes en la persona susceptible de incapacitación, y este hecho puede ser debido al profundo desconocimiento existente desde diversos ámbitos. La práctica nos revela que con asiduidad se acude al juzgado para promover procesos de modificación de la capacidad, con el fin de resolver problemas puntuales como:

1. Disputas entre familiares por el cuidado del presunto incapaz.
2. Despilfarro económico de la persona presuntamente incapaz.
3. Necesidad de una venta propiedad de la persona susceptible de ver modificada su capacidad.
4. Personas que no pueden vivir solas.
5. Negativas a ingresar en un establecimiento residencial.

Parece obvio que a luz de la Convención el inicio de un proceso por cualquiera de estas causas, ignora y vulnera la finalidad última del proceso de modificación de la capacidad. Como señala SANTOS URBANEJA en las demandas se suele ocultar el motivo real por el que se insta el proceso de incapacitación, y esto es debido al uso de demandas de formulario que solo recogen la identificación del demandante, del demandado, y la dolencia sobre la que cimentar el proceso⁸⁶, lo que en la práctica puede suponer una contraindicación respecto al fomento del libre desarrollo personal y social de la persona demandada.

⁸⁶ SANTOS URBANEJA, Fernando, "Realidad actual de los procesos". Op.cit. p.5

Con lo mencionado, no se trata de eludir la protección en casos como los antes expuestos, sino adecuar las respuestas a cada caso concreto, que en multitud de ocasiones podrían solventarse con la óptima utilización de los recursos sociales ya existentes.

En cuanto a la *demanda*, debe de cumplir los requisitos explicitados en el Art.399 de la LEC (datos y circunstancias de identificación de la parte actora y del demandado, el domicilio o residencia en donde puedan ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida...). El juez, en caso de que la parte demandante no esté legitimada para efectuarla, trasladará al Ministerio Fiscal la demanda para la valoración por parte de este.⁸⁷

En el procedimiento, la parte demandante deberá presentar el certificado de nacimiento del presunto incapaz, así como un informe médico que especifique la situación del susodicho. El plazo para el emplazamiento del demandado será de 20 días, y el lugar corresponderá al domicilio habitual del susodicho, sea o no su domicilio legal.

El presunto incapaz, comprendiendo los términos y supuestos implícitos en la demanda, podrá personarse en el pleito con su propia defensa. Si la demanda es presentada a instancia del Ministerio Fiscal, el emplazamiento se verá suspendido hasta que el Juez nombre un defensor judicial⁸⁸, con el objetivo de evitar la indefensión jurídica del demandado, y por último, si la demanda ha sido iniciada por parte del núcleo familiar con legitimación activa, corresponderá al Ministerio Fiscal la defensa del susodicho.

6.4.2 Medidas cautelares

Cuando el tribunal constate en el presunto incapaz, conductas o circunstancias que impliquen la necesidad de guarda urgente, ya sean de carácter personal o patrimonial, podrá establecerlas hasta que recaiga sentencia firme sobre su modificación de la capacidad.⁸⁹

⁸⁷ COMES MUÑOZ, Elena y ESCALONILLA MORALES, María Blanca, "Discapacidad y procedimiento". Op.cit, p.210

⁸⁸ IBID, p.213

⁸⁹ Art. 762.1 de la LEC: Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

A su vez, también el Ministerio Fiscal podrá solicitar la adopción de dichas medidas, en caso de la existencia de las causas expresadas anteriormente (art.762.2 de LEC). La medidas cautelares –aunque en ocasiones excepcionales- pueden no derivar en la presentación de demanda de modificación de la capacidad, ya sea porque la adopción de la medida ha derivado en el retomo de la capacidad del interesado –internamiento involuntario-, o bien porque la medida ha subsanado el motivo puntual demandado⁹⁰.

Existen varios tipos de medidas cautelares:

1. El internamiento involuntario.
2. El nombramiento de un administrador provisional de los bienes del presunto incapaz.
3. El nombramiento de un defensor judicial.
4. La suspensión de poderes que hubiese efectuado el presunto incapaz.

Cualquiera de las medidas citadas debe de adoptarse con la única intención de obtener una protección integral del interesado, con el último fin de velar por su total interés, y sin sobrepasar o interferir en el disfrute de los derechos inherentes a todo ser humano.

Pese a ser objeto de análisis en posteriores capítulos, cabe reseñar la especial relevancia que supone decidir el internamiento involuntario de cualquier persona. La decisión por parte de un tercero, respecto a la capacidad aparente para decidir por uno mismo, es sin lugar a dudas uno de los supuestos más complejos y discutidos existentes en nuestro ordenamiento. No debemos olvidar, que a la postre, se está socavando un derecho fundamental de vital importancia, la libertad.

6.4.3 Contestación a la demanda, desarrollo del juicio y prueba

La contestación debe de cumplir el precepto recogido en el Art.405 de la LEC, *en la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente.*

El juicio se presenta como un acto que trata de discernir durante su desarrollo, sobre la capacidad de la persona presuntamente incapaz, la posible idoneidad de un

⁹⁰ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Los procesos sobre la capacidad de las personas: El internamiento involuntario”, *Estudios del Ministerio Fiscal –II-, Seminario experiencia sobre la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2002, p.15.

internamiento, y el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al presunto incapaz y velar por sus intereses presentes y futuros.

Lo peculiar del proceso judicial se encuentra en la posición activa del Juez, pues el mismo se sitúa como parte interviniente en el desarrollo del proceso. Al magistrado se le presume la búsqueda de la verdad material, y para ello más allá de su rol de árbitro del proceso, interviene activamente pese a no ser parte procesal⁹¹. Este hecho plantea ciertas dudas respecto a la idoneidad del proceso, no por déficit de respuestas legislativas o garantías procesales, sino por como se señalaba anteriormente, la alarmante falta de juzgados especializados en la materia. Sin duda, la relevancia personal, jurídica y social que envuelven los procesos de modificación de la capacidad, deberían de obtener por parte de las Administraciones del Estado una respuesta más certera y sosegada, basada en la especialización de los órganos competentes en la materia.

En cuanto al desarrollo probatorio propio de los procesos de modificación de la capacidad, el Art.759 de la LEC⁹² introduce el contenido mínimo que estos deben albergar, sin olvidar que el Juez puede dictar la necesidad de practicar nuevos exámenes periciales siempre que sean oportunos. El citado contenido mínimo consta de:

1- Audiencia de parientes: El objetivo anexo a esta prueba radica en la indagación por parte del Juez de las vicisitudes y dificultades, tanto del presunto incapaz como de su entorno familiar. Además, lo citado se torna extremadamente relevante cuando en la demanda se propone la idoneidad como tutor de un pariente. Se valorará su entorno, recursos económicos, etc.

El problema de esta prueba radica en discernir quién se considera pariente próximo del presunto incapaz, ya que en principio puede entenderse a estos como los legitimados

⁹¹ COMES MUÑOZ, Elena y ESCALONILLA MORALES, María Blanca, "Discapacidad y procedimiento". Op.cit, p.214

⁹² Art.759 de la LEC: 1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo

activamente en el proceso de modificación de la capacidad –cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz-, aunque la doctrina señala que el Juez puede considerar la existencia de circunstancias especiales, lo que le otorga cierta discrecionalidad, si bien siempre deberán de ser citados los que convivan con él⁹³.

2-Examen por el Juez del presunto incapaz: Dicho precepto es una disposición obligatoria al fin de evitar la indefensión judicial de la persona inmersa en el proceso⁹⁴, constituye un dato probatorio de vital importancia, y debe de ser practicado personalmente por el Juez que instruye el caso.

Para que el acto resulte idóneo, el Magistrado deberá de conocer los partes facultativos del presunto incapaz, así como incidir durante el examen, en las vicisitudes personales señaladas en la demanda y que pueden ser la causa de la pérdida de autogobierno.

3. Dictámenes periciales: Lo común es que el dictamen pericial lo elaboré el médico forense, aunque lo citado no restringe la existencia de otros informes facultativos de diferentes profesionales. Aun así, el Art.759 expresa claramente que *nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal*. La finalidad de esta prueba consiste en determinar el grado en el que las patologías presentes en el presunto incapaz dificultan o minimizan su autogobierno.

El contenido mínimo que debe de recoger el citado informe consta de⁹⁵:

- a) La enfermedad o deficiencia psíquica que está presente, determinando la clase y pronóstico de la misma.
- b) Efectos de dicha enfermedad en la capacidad de autogobierno del presunto incapaz, refiriendo las siguientes áreas:
 1. Habilidades de la vida independiente.
 2. Habilidades económico-jurídico-administrativas.
 3. Habilidades sobre la salud.

⁹³ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “Régimen de los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)”, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Nº Extra 0, 2004, p.191

⁹⁴ La STS de 7 julio de 2004, reconoce que “Constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación”

⁹⁵ CALCEDO ORDOÑEZ, Alfredo, “La pericial médica en el proceso de incapacitación civil”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007, pp.242-252.

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas.
5. Habilidades en relación al procedimiento de modificación de la capacidad.
6. Capacidad contractual

6.4.4 La sentencia: Alcance y efectos

En primer lugar, y como bien indica en su Art.199 el Código Civil, “*Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”. Esto significa que solo la sentencia judicial puede modificar la capacidad de una persona, siendo lícitos todos los actos de esta hasta el momento que dicha sentencia se produzca.

La declaración de incapacidad en una persona, no supone más reconocimiento que el salvaguardado en el derecho privado⁹⁶, lo que en la práctica supone que dicha sentencia no conlleva asociado ningún derecho de índole social (acceso a pensiones, recursos, etc.). Resulta paradójico que hasta la fecha, no se haya establecido ninguna medida desde el ámbito de la Administración al respecto, los procesos de modificación de la capacidad conciernen en su mayoría a personas sumamente vulnerables, por lo que la labor del Estado, debería de estar ligada a proveer a dicho colectivo de algún tipo de recurso, cuando quede constatada dicha vulnerabilidad. Si el principal objetivo que alberga la modificación de la capacidad, se encuentra en la protección y promoción del nivel de vida de la persona inmersa en dicho proceso, se torna necesario que la sentencia se encuentre acompañada de medidas que faciliten una mejora en el ámbito social y personal. La dificultad que albergaría el citado reconocimiento, probablemente recaería en la utilización del acto de incapacitación con el único fin de acceder a los recursos reconocidos, lo que violaría de facto el superior interés del presunto incapaz⁹⁷.

Cómo define el Art.760 de la LEC, la sentencia deberá de delimitar la extensión y los efectos de esta, es decir, lo citado alberga la necesidad de graduar la incapacitación, no siendo válido declarar de un modo general o genérico la incapacidad de una persona. Por lo que la sentencia tiene que observar las necesidades únicas y particulares de

⁹⁶ AGUIRRE ZAMORANO, Pio, “La sentencia de incapacidad: Alcance y efectos”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007, p.265.

⁹⁷ En la actualidad, desde la Administración del Principado de Asturias se está planteando la necesidad, de asociar la incapacitación con el reconocimiento automático del 65% de grado de Discapacidad, lo que en la práctica supondría el derecho a percibir la Pensión No Contributiva de Invalidez.

protección que tiene el incapaz, es decir, su mayor o menor capacidad para gobernarse por sí misma⁹⁸.

La sentencia, además de lo citado anteriormente, recogerá el régimen al que queda sometida la persona que haya visto modificada su capacidad, ya sea tutela, curatela o patria potestad prorrogada (las dos primeras serán analizadas en el siguiente punto). El que el Juez dicte una sentencia que recoja una u otra medida, dependerá de la graduación efectuada durante el proceso, es decir, cada sentencia deberá recoger de manera personal y única, el grado de capacidad de la persona, tanto volitiva, intelectual, etc.

A su vez, también deberá de recoger los actos concretos que puede o no realizar la persona en cuestión, diseñando un “traje a medida” que responda a la idiosincrasia particular de cada caso. Sin lugar a dudas, la sentencia debe de suponer un instrumento de mejora para la vida de la persona que ve modificada su capacidad, ya sea a través de un mejor acceso a los recursos sociales y asistenciales que le sean necesarios, o revirtiendo situaciones de desprotección y desamparo.

La modificación de la capacidad, es vivida en múltiples ocasiones como un suceso traumático, tanto a nivel personal como familiar, por lo que su sentido solo responde a un incremento del nivel de vida de la persona en cuestión. Como bien señala SANTOS URBANEJA, la sentencia debe de ligar la causa y el motivo, solo si existe una correlación veraz y justificable, tendrá sentido la declaración de incapacidad.⁹⁹

Por otro lado, y pese a que va a ser abordado de manera detallada en el próximos capítulos, la sentencia se podrá pronunciar sobre el derecho de sufragio, internamiento, esterilización y aborto de la persona presuntamente incapaz.

Lo planteado hasta el momento, debe de analizarse teniendo en cuenta lo referido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Bajo esta perspectiva, toda sentencia debe de ser única y personal, recogiendo las medidas de apoyo indispensables para remover los obstáculos presentes en la vida de las personas con discapacidad, y que les dificultan el acceso al disfrute de sus derechos. Hasta fechas recientes, alrededor del 95% de las sentencias dictadas en este ámbito, se resolvían con la declaración de la incapacitación total, hecho inaceptable para un Estado que pretenda

⁹⁸ AGUIRE ZAMORANO, Pio, “La sentencia de incapacidad”. Op.cit. p.267

⁹⁹ SANTOS URBANEJA, Fernando, “Los procesos sobre la capacidad de las personas”. Op.cit. p.18-19

velar por los intereses de las personas y los grupos vulnerables de forma eficiente, siendo necesaria una adecuación a los nuevos planteamiento jurídicos y sociales, que apelan al apoyo concreto en las situaciones determinadas en las que el presunto incapaz necesite la mencionada ayuda.

6.5 Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela

Las disposiciones recogidas en la sentencia, siempre y cuando la modificación de la capacidad se lleve a cabo, darán lugar a la asunción de diversas formas de representación legal, esta supone que “el incapaz y el incapacitado que carecen de capacidad de obrar no pueden actuar en el mundo jurídico por sí mismos. Por ello, precisan que sea otra persona la que actúe en su nombre y representación: tal persona es el representante legal. Distinto es el caso del que tiene capacidad restringida, que actúa él mismo, no tiene representante legal, pero para ciertos actos jurídicos precisa complemento de capacidad”¹⁰⁰. Pese a que la Convención Internacional establece un sistema que choca con el uso y significado que se le otorga a la tutela en nuestro Código Civil, el objeto de debate no debe centrarse en dicha casuística, sino en el uso otorgado a las figuras de representación y su utilidad para hacer valer los preceptos de la Convención.

Como primer punto, y a modo de opinión personal –gracias a mi breve experiencia en la Fundación Tutelar del Principado de Asturias-, nuestra legislación tiene un marcado déficit respecto al nombramiento del tutor o curador, y no por el acto en sí, sino por el escaso trabajo y conocimiento previo a la modificación de la capacidad. Sostengo que atribuir la tutela o curatela a cualquier Fundación Pública, sin que antes haya existido un examen por parte de estas de la capacidad del presunto de incapaz, y sobre todo de sus posibles necesidades, no hace más que ralentizar el proceso de protección real del susodicho y dificultar enormemente el trabajo de los técnicos. En mi opinión las Fundaciones Públicas encargadas de la gestión ordinaria de las tutelas llevadas a cabo por la Administración, deben de ser parte activa durante el proceso de modificación de la capacidad en aquellos casos en los que presumiblemente la tutela vaya a recaer en la Administración, con el objetivo de conocer previamente las posibles necesidades de la persona, así como los recursos idóneos a implementar para realizar un plan de

¹⁰⁰ O'CALLAGHAN, Xavier, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007, p.292

intervención individualizado que repercute de forma óptima en el nivel de vida de la persona con la capacidad modificada.

6.5.1 La tutela

La tutela en nuestro Derecho es el mecanismo de representación más regulado y completo, se constituye de la misma forma que la patria potestad prorrogada, y comporta una serie de derechos y deberes. Antes de analizar algunas cuestiones referentes a dicha representación, merece la pena señalar que las personas que pueden estar sometidos a tutela son¹⁰¹:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela
- Los menores que se hallen en situación de desamparo.

El tutor es el representante legal de la persona a la que se le ha modificado la capacidad, y le sustituye en los actos con trascendencia jurídica, aunque la propia sentencia puede limitar su ejercicio a determinados actos de forma gradual o limitada.

Como ya mencionamos anteriormente, la “función tutelar” otorga una serie de derechos con el fin de cumplir deberes, estos están recogidos en el Art.216 del Código Civil y establecen que las funciones tutelares deben ejercerse en beneficio del tutelado, y que estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. De este principio se deduce que el Juez podrá solicitar la información que considere oportuna en cualquier momento (Art. 233 del CC), además del informe anual (Art. 269.4 del CC). Además de establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado (Art. 233 del CC); puede autorizar o no actos trascendentes para la vida y patrimonio del mismo (Art. 271 del CC) y puede o no aprobar las cuentas que presenta el tutor al extinguirse la tutela.

La tutela implica que el tutor debe de velar, cuidar, educar y alimentar a la persona tutelada, además de ser representante legal y administrador de su patrimonio (esto último con grandes limitaciones)¹⁰².

¹⁰¹ Art. 222 del Código Civil

¹⁰² El tutor necesitará autorización judicial para (Art. 271 del CC):1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2. Para enajenar o gravar bienes

Aunque la tutela se instaure en toda su extensión, esto no debe de suponer que se ejerza de la misma forma durante toda su vigencia, ya que siempre debe de ser tan flexible, como las circunstancias cambiantes en la persona del tutelado¹⁰³, además y como queda recogido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se debe de tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona tutelada.

Por último, las tutelas pueden ser ejercidas por personas jurídicas, siempre y cuando no tengan ánimo de lucro y entre sus fines se encuentren la protección de los menores o personas incapaces (Art.242 del CC).

6.5.2 La curatela

La curatela no supone la representación legal de la persona con discapacidad, sino que, con relación al susodicho, el curador complementa la actuación jurídica del incapacitado parcial, ya que la sentencia que modifico su capacidad no le privó de la capacidad de obrar, sino que la acotó respecto a los actos jurídicos que expresa, precisando el consentimiento (complemento de capacidad) del curador¹⁰⁴.

La figura del curador representa el apoyo o complemento que puede necesitar una persona con dificultades para desarrollar plenamente su capacidad de obrar. Dicha práctica se asemeja al sistema de apoyos referido en la Convención Internacional, ya que no supone un sistema “invasivo” que anula la capacidad de la persona, sino que se presenta como una medida protectora, que respeta y salvaguarda las decisiones individuales que afectan al desarrollo personal de las personas incapaces.

Desde dicho sistema, las decisiones referentes a los actos con transcendencia jurídica se toman “con” la persona, y no “en lugar de” ella. Esta consideración, debería de ser la

inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8. Para dar y tomar dinero a préstamo. 9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado

¹⁰³ ELÓSEGUI SOTOS, Aurora, “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad”, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2010, p.255

¹⁰⁴ O’CALLAGHAN, Xavier, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela”. Op.cit. p.295

piedra angular de los sistemas para el apoyo y protección de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento, o al menos, ser el referente prioritario en los procesos de modificación de la capacidad.

Existen múltiples casuísticas en las que los procesos de modificación de la capacidad, responden a situaciones en las que los actores sociales (Servicios Sociales, Centros Sanitarios, etc.) se ven desbordados por situaciones complejas a las que no saben dar solución. Estas situaciones suelen enmarcarse en las problemáticas planteadas en personas con graves trastornos de la personalidad, sicóticos crónicos que no tienen adherencia a ningún tratamiento, o personas con graves adicciones a sustancias estupefacientes, que aunque no manifiestan capacidad para su autogobierno, el sistema no tiene capacidad para darles ninguna solución.

La disyuntiva que plantea lo mencionado, radica en que desde diversos ámbitos se plantea la incapacitación como método de resolución de dichos conflictos, cuando la práctica demuestra que esta medida por sí sola no transforma la realidad del problema. La solución puede encontrarse en la interrelación y trabajo conjunto entre todos los recursos sociales existentes, y en la instauración de una curatela que sirva de apoyo o ayuda en los casos en los que la persona lo demande

6.6 Otras figuras de apoyo recogidas en el ordenamiento jurídico español: La guarda de hecho

Este supuesto supone el ejercicio de la gestión de la persona o patrimonio de un menor o incapaz sin ser tutor. Son múltiples los casos en los que dicha realidad, de gestión y protección hacia una persona con discapacidad, se dan sin haberse promovido la incapacitación del susodicho.

El Código Civil establece que en dichos casos, existe la obligación de promover la declaración de incapacitación, así como el nombramiento de tutor (Art. 203 y 228 del CC), aunque ello no excluye que cuando la autoridad judicial tenga constancia de la existencia de un guardador de hecho, podrá solicitarle información en relación a la situación personal y patrimonial del menor o presunto incapaz, así como de su propia actuación respecto al mismo, además de imponerle medidas de control y vigilancia (Art.303 del CC)

Por lo tanto, la regulación respecto a la guarda de hecho es un acto a posteriori, es decir, regula un acto que ya se ha producido pero no regula dicha representación en el futuro,

ya que el incapacitado no queda bajo el amparo legal del guardador, sino bajo el del tutor¹⁰⁵ en caso de que exista una sentencia judicial que modifique su capacidad.

En la práctica, lo más común es que las personas con diversidad funcional que residen en centros (guardadores de hecho) destinados a la protección y promoción del colectivo, sigan bajo el amparo del mismo guardador después de instaurarse la tutela. Por ejemplo, si una persona reside en un centro especial para personas con discapacidad intelectual severa, y si tras el proceso de modificación de la capacidad se le asigna como tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, lo más probable es que su lugar de residencia (por lo tanto guardadores de hecho) siga siendo el mismo centro.

En cuanto a la normativa reguladora de su ejercicio, esta debe de basarse en el principio de actuación basado en la buena fe, y si se asimila la guarda de hecho a la tutela propiamente dicha, como a una gestión de negocios ajenos, el guardador deberá actuar, en su ejercicio, en beneficio del guardado (art. 216 del CC).

6.7 Adecuación del proceso a los preceptos recogidos en la Convención.

El actual modelo de modificación de la capacidad existente en nuestra legislación, alberga ciertas disonancias respecto a lo establecido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. En primer lugar, el modelo social encumbrado en la Convención, aboga por un sistema de apoyos que tenga como objetivo, remover los obstáculos presentes en la esfera personal y social de la persona con discapacidad que dificultan su libre desarrollo, con el objetivo del acceso igualitario al disfrute de sus derechos inherentes. Por el contrario, la práctica habitual en nuestro ordenamiento, consiste en sustraer totalmente la capacidad de obrar del incapaz, inhabilitándolo en lo referente a los actos con trascendencia jurídica.

Bajo mi perspectiva, el debate no debe centrarse en la nomenclatura utilizada para designar la representación legal, sino en el significado otorgado a dichas figuras. Lo primero que se debe de tener en cuenta, reside en que la solución a las problemáticas presentes en muchas personas con discapacidad, no pasa por la modificación de la capacidad, sino en el óptimo aprovechamiento de los recursos existentes en el entorno.

La incapacitación tiene que ser el salvoconducto para asegurar un mayor nivel de vida a aquellas personas, que por sus circunstancias sociales, económicas y personales, se encuentran en una situación de desprotección, otorgándoles un sistema de apoyos o

¹⁰⁵ IBID p.357

ayudas, que favorezca paliar las vicisitudes que les imposibilitan un desarrollo personal óptimo y en igualdad de condiciones respecto al resto de la sociedad.

Por lo tanto, los procesos en los que se suprime la capacidad de obrar de una persona, pero su situación de riesgo o desprotección no varía, no albergan más que un cambio en su status jurídico, obviando el verdadero objetivo que debe suscribir cualquier tipo de protección al colectivo, que no es más que el respeto de la dignidad y los derechos inherentes a su persona.

La situación existente en nuestro país, nos demuestra que alrededor del 95% de los procesos de modificación de la capacidad concluyen con una incapacitación total, un claro síntoma de que algo no está funcionando. Opino que antes de optar por dicha solución, deben de quedar patentes las causas y motivos que conducen a la modificación de la capacidad, así como las posibilidades reales para acompañar a la persona con discapacidad en la toma de decisiones. Es cierto, que existen casos en los que dichas medidas deban de asemejarse a la figura de la tutela, pero sin duda, la clave en la regeneración de dicho proceso, pasa por buscar un sistema de apoyo en la toma de decisiones, preservando en la mayor medida posible la libre autodeterminación de la persona con discapacidad.

Como ya se mencionó en epígrafes anteriores, la discapacidad resulta de la interacción del sujeto con la sociedad, y es esta última la que incapacita (en la gran mayoría de los casos) obstaculizando de diversas formas (barreras arquitectónicas, prejuicios, falta de recursos adaptados, etc.) la libre autodeterminación de las personas con diversidad funcional. Esta concepción debe de calar aún en nuestro sistema jurídico y social, con el fin de abandonar las medidas de carácter paternalista, que conceptúan a las personas con discapacidad como personas a las cuales se debe de proteger a través de la sustitución de su capacidad.

La diversidad humana debe ser objeto de respeto y protección, y las personas con diversidad funcional representan a un sector que responde a dicha diversidad. La autodeterminación en lo referente al desarrollo personal y social, nunca debe de encubrir actuaciones que se sustenten en la negación de la capacidad de ningún colectivo, aunque el motivo al que respondan dichas actuaciones se encuentre justificado por postulados cargados de “buenas intenciones”.

Los recursos sociales, jurídicos y sanitarios existentes en nuestro país, deben de ser los suficientes para implementar los apoyos necesarios, en la lucha por la erradicación de los obstáculos que dificultan el acceso igualitario de las personas con discapacidad al disfrute de sus derechos. Lo mencionado, pasa en primer lugar, por respetar y fomentar su capacidad, por lo que los sistemas que sistemáticamente privan o sustituyen sus facultades de autogobierno, vulneran de facto los preceptos recogidos en la Convención e interfieren negativamente en la creación de una sociedad más justa e igualitaria.

Además de lo citado anteriormente, la Ley 26/2011, de 1 de Agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, establecía que en el plazo de un año, el Gobierno debería de remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Este mandato ha sido incumplido hasta la fecha.

La controversia creada respecto a la adecuación o no de nuestro ordenamiento, respecto a lo recogido en el artículo 12 de la Convención, quedó parcialmente resuelta mediante la *STS de 29 De Abril de 2009*, en la que se recogía que *"la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona". El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias»¹⁰⁶.*

¹⁰⁶ STS 2362/2009.

7. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

7.1 El aborto eugenésico basado en discapacidad

En primer lugar cabe mencionar que la temática planteada en este apartado es un tema de discusión latente en nuestro país, en lo que a las posibles reformas de la Ley en materia de derecho a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere. No es objeto de mi trabajo cuestionar o analizar el objeto en su totalidad, sino los supuestos en los que dicha interrupción está amparada bajo supuestos ligados a la discapacidad.

Más allá de mi opinión, que respeta el derecho de toda mujer a decidir sobre el devenir de su propio cuerpo, debemos de sopesar si la Ley, al recoger supuestos en los que la discapacidad se enmarca como un supuesto diferencial para la interrupción del embarazo, está amparando actos discriminatorios basados en la discapacidad.

En la recientemente promulgada *Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, se recogen dos supuestos en los que dicha interrupción está justificada por motivos ligados a la discapacidad del feto. Cabe aclarar, que el aborto no podría practicarse en estos casos citados, si el nasciturus no presentase ninguna discapacidad.

La citada Ley establece como norma general, que hasta la semana 14 del embarazo, la mujer podrá interrumpir voluntariamente dicho proceso siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos¹⁰⁷. En dicho periodo, la decisión atenderá a motivaciones ligadas al espacio ético y personal de la susodicha, por lo que no existe discriminación alguna ligada a alguna característica intrínseca de la interesada o del feto.

A este espacio común, que bajo mi perspectiva no confronta ningún derecho y respeta la esfera personal y decisoria de toda mujer, se unen cuatro supuestos que responden a "causas médicas"¹⁰⁸, y en los que dos de ellos pueden suponer una manifiesta discriminación por causas ligadas a la discapacidad:

¹⁰⁷ El Art.14 define: Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

¹⁰⁸Art.15 de la Ley2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo

- El primero de dichos supuestos establece que *excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.*

En este caso, se torna complicado justificar jurídicamente el porqué de la existencia de dicha distinción, ya que no existe un bien jurídico o derecho claro al que proteger, además de no plantearse un riesgo expreso para la salud de la madre¹⁰⁹.

Por lo tanto, puede entenderse que lo que el legislador plantea es el "presumible" riesgo existente en un feto con alguna discapacidad, ya que sin la existencia de dicha condición, el aborto no sería posible después de las 14 semanas. Este hecho, plantea numerosas dudas acerca de la protección efectiva que se realiza en estos supuestos a los nasciturus que presenten algún tipo de diversidad funcional, y por lo tanto, sobre si dichas connotaciones médicas suponen un acto discriminatorio fundado en causas de discapacidad.

Como señala el preámbulo de la citada Ley, *si bien los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución* esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). Además, el legislador mantiene que existe una vida prenatal y que *dicha vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz*¹¹⁰. Lo relevante de lo citado, es que parece ser que dicha vida prenatal no merece la misma protección, cuando en ella confluyen causas ligadas a la discapacidad. En mi opinión, en la propia Ley existen graves incongruencias que menoscaban la dignidad de las personas con diversidad funcional desde una visión ética y jurídica, ya que además de vulnerar y discriminar por motivos ligados a la discapacidad, son contrarias a lo establecido en nuestro ordenamiento y en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

¹⁰⁹ PALACIOS RIZZO, Agustina, "¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad?" ,*Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el síndrome de Down*, N°105, 2010, p.52

¹¹⁰ Punto 11 del preámbulo de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo

- El segundo supuesto que se entrelaza con la posible discriminación por causas ligadas a la discapacidad, define que *cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.*

Este caso nos sitúa en un espacio similar al analizado con anterioridad, el legislador discrimina al “no nacido” por motivos de discapacidad, concibiendo que una vida con una diversidad funcional “grave” tiene menos valor que el resto, y por ende, el no derecho a proteger su vida después de la semana 14.

Bajo mi punto de vista, considero que la Ley 2/2010, de 3 de marzo, se contradice y vulnera a sí misma; más allá de lo establecido en el preámbulo –citado anteriormente-, el Art.3.3 cita *que nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.* Además el legislador, en su Art.5 garantiza *la eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad.*

Resulta chocante observar cómo se prevé la protección y eliminación de todas las formas de discriminación -incluida la ligada a causas de discapacidad-, respecto al acceso a la salud sexual y reproductiva de la ciudadanía, pero a su vez no se protege el derecho a la vida de dicho colectivo.

Obviamente, no planteo ninguna duda sobre el derecho de la madre a decidir sobre el devenir de su propio cuerpo, por lo que considero la promulgación de la citada Ley como un avance en materia de derechos fundamentales en nuestro país, lo que planteo es la discriminación latente en la práctica del cribado prenatal fundamentado en causas de discapacidad. Lo referido, quizá enlace con la –aún hoy vigente en muchos estamentos- visión paternalista y médica que se tiene de la cuestión, y al extendido pensamiento social que relega la vida “con discapacidad”, a un espacio de ostracismo o carga.

Los supuestos médicos mencionados con anterioridad, hacen especial hincapié en el factor preventivo que se debe deducir de los casos que plantea, y en este sentido, VILAROIG MARTIN plantea una serie de preguntas que personalmente me parecen muy interesantes: ¿Qué significa prevenir cuando hablamos de salud? Prevenir supone evitar un daño o enfermedad, pero ¿Qué significa prevenir cuando pretendemos justificar el no nacimiento de personas con discapacidad? La respuesta parece dirigirse hacia actos discriminatorios, que menoscaban el derecho a la vida o igualdad intrínsecas a todo ser humano. La clave no reside en vislumbrar si consideramos ético o no el aborto, sino en afrontar que justificar dichos supuestos por la existencia de una discapacidad en el feto, suponen una clara discriminación¹¹¹.

Abordando la temática, es indispensable realizar una mención a los preceptos recogidos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad-ratificada por España en el año 2007-, y que pueden confrontarse con lo establecido en la Ley 2/2010, de 3 de marzo. La Convención define en su Art.1.1 que *el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*. En primer lugar, parece que condicionar ciertos supuestos de la interrupción voluntaria del embarazo, a la existencia de algún tipo de discapacidad en el nasciturus, viola flagrantemente la condición de igualdad en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, así como la consideración de una pérdida de dignidad o derecho a la vida de los susodichos.

Cuando abordamos el tema del contenido de la Convención en el presente trabajo, señalábamos que el Tratado extiende la discriminación, no solo hacia las personas con diversidad funcional, sino a cualquier acto discriminatorio basado en discapacidad. Por lo que no es necesario que dicha discriminación se ejerza contra una persona con discapacidad, sino que esta esté fundamentada en motivos ligados a la diversidad funcional. Con esto queda patente, que más allá de la concepción jurídica que cada cual quiera otorgarle al feto, los motivos médicos aducidos en el ordenamiento español para permitir la interrupción del embarazo por motivos de discapacidad, son contrarios a lo establecido en la Convención, y por lo tanto, rechazables como acto discriminatorio.

¹¹¹ VILAROIG MARTIN, Jaime, “La desaparición silenciosa: a propósito del cribado eugenésico de las personas con Síndrome de Down”, *Cuadernos de bioética*, Vol.23, Nº77, 2012, p. 116

Para finalizar, la Convención en su Art. 10 establece que *Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*. Lo citado en este precepto, recoge una petición expresa de los colectivos vinculados a la discapacidad, que esgrimían la necesidad de evitar la consideración de que su vida no era “lo suficientemente buena”, y que por lo tanto, justificaba en muchas ocasiones las interrupciones de embarazos, que sin la existencia de cualquier tipo de discapacidad, estarían prohibidos¹¹². A lo que insta el Art.10, es a la igualdad de condiciones respecto a los demás, es decir, si en el ordenamiento español se permite el aborto hasta la semana 14, este debe de contemplarse para todas las casuísticas, sin establecer supuestos vinculados a la discapacidad que aumenten dichos plazos.

En definitiva, creo que es obvio que la protección promovida a las personas con discapacidad, en relación a la interrupción voluntaria del embarazo, discrimina y vulnera varios preceptos Constitucionales y de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Como ya he mencionado, considero muy favorable la creación de una Ley que regula el derecho de toda mujer a decidir sobre el devenir de su propio cuerpo, pero ello no debe de favorecer ni fomentar, la creación de sesgos discriminatorios por el simple hecho de la existencia en el feto de una discapacidad.

Los postulados paternalistas y médicos, que consideran la vida de las personas con discapacidad menos valiosa o más problemática, deben de ser prevenidos a través de la educación activa de la sociedad en valores próximos al respeto a la diversidad humana, solo así, el silogismo entre discapacidad y enfermedad podrá ser erradicado.

Por último, desde el punto de vista social, debemos de crear las condiciones necesarias para erradicar los obstáculos que puedan dificultar el desarrollo personal de las personas con discapacidad, con el objetivo de reconceptualizar la visión de “carga” que pueden estar presentes en el pensamiento social, y que sin duda, favorecen la “normalización” de actos discriminatorios como los analizados en este apartado.

¹¹² PALACIOS RIZZO, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad”. Op.cit., p.56

7.2 Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad

El derecho a la participación en los asuntos públicos, ya sea directamente, o través de representantes libremente elegidos a través de elecciones periódicas con carácter universal¹¹³, es un derecho recogido en nuestra Carta Magna, que implica básicamente que todo individuo debe de tener la capacidad de ser parte activa en los asuntos de índole pública –incluido, por supuesto, el derecho al sufragio activo-.

Actualmente, y según datos aportados por la Oficina del Censo Electoral en el año 2011, en España había 79.153 personas privadas de su derecho al voto en virtud de su sentencia de incapacitación. Esta supresión, a mi juicio con difícil justificación desde el ámbito de la ética y recriminable desde el marco de los derechos humanos, encuentra su fundamento en el Art. 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que establece lo siguiente:

1. Carecen de derecho de sufragio:

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.

De lo citado, se deduce que los Jueces que instruyan casos relativos a la modificación de la capacidad de un presunto incapaz, deben de fijar en su sentencia –que no olvidemos busca la plena protección de la persona- si se mantiene o no el derecho al sufragio.

A priori, al menos parece discutible que una medida protectora pueda justificar la supresión de un derecho fundamental, ya que la lógica nos invita a pensar que dicha

¹¹³Art. 23 de la Constitución española de 1978

medida en nada puede proteger o beneficiar a la persona. Por lo tanto, si como bien explicábamos con anterioridad, las sentencias de modificación de la capacidad tienen el interés superior de proteger y promocionar la calidad de vida de las personas incapacitadas, ¿Tiene sentido suprimir su derecho a participar en la vida política de nuestro país?

La justificación a la pregunta puede albergar ciertos sesgos discriminatorios que conviene analizar. Existe cierta convicción jurídica y social respecto a la falta de capacidad de discernimiento y autodeterminación política de las personas con determinadas patologías intelectuales. En mi opinión, dicha capacidad pese a poder estar mermada, solo podría suponer en el peor de los casos, que el derecho al sufragio se ejercerá sin una conciencia plena respecto a la elección que se está votando, y bien, ¿Esto solo sucede en casos en los que se ven inmersas personas con patologías intelectuales? Parece obvio que no.

La jurisprudencia española se ha posicionado en fechas recientes respecto al derecho al sufragio de las personas incapacitadas, señalando la Fiscalía General del Estado en su instrucción 3/2010 que para que proceda decretar la pérdida del derecho de sufragio, *no basta con acreditar que una persona está impedida para regir su persona y bienes, sino que es preciso probar algo más, es decir, que la persona sometida al proceso de determinación de su capacidad no puede ejercitar su derecho de sufragio, en función de una especial discapacidad para ello. Esta posibilidad debe contemplarse con carácter restrictivo dada la importancia del derecho que se limita, que, además, incide negativamente en la integración social que se pretende respecto de las personas con deficiencias o disminuciones psíquicas. La determinación de la capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, aún sin desconocer la trascendencia social y política del mismo, únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad -el voto- expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, la cual está en función de la formación cultural de cada persona y de sus sentimientos políticos¹¹⁴.*

Lo citado por la Fiscalía, hace especial hincapié en la necesidad de modificar los procedimientos judiciales, que suprimen directamente el derecho al sufragio cuando se

¹¹⁴ INSTRUCCIÓN nº 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas

procede a una incapacitación total. Por lo tanto, los jueces deben de detallar en sus sentencias los motivos por los cuáles se suprime dicho derecho, siendo las causas totalmente inexcusables y justificables. Deduzco de esta Instrucción, que lo que realmente apela la Fiscalía General del Estado, es la supresión de las sentencias que privan de derecho al sufragio, dejando un espacio para aquellos casos en los que las patologías presentes sean tan sumamente graves, que el ejercicio del derecho se vuelva totalmente inviable –casos de Alzheimer muy avanzado, por ejemplo-.

Como ya realizamos en el anterior capítulo, es indispensable observar lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que su contenido es vinculante para los Estados firmantes –España es uno de ellos-; así en su Art.29¹¹⁵ define de forma tajante que *los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:*

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

Lo que la Convención señala viene a refrendar mi línea argumental anterior, las personas con discapacidad deben de tener un status igualitario a la hora de participar en

¹¹⁵ Art. 29.a) de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU

la vida pública y política de nuestro país, privar a cualquier ciudadano del ejercicio de un derecho personalísimo como el derecho al voto, supone aislarles de las decisiones comunes adoptadas dentro del Estado, y por lo tanto, continuar con la continua exclusión a la que han sido sometidos durante largos periodos de la historia.

Además de lo citado, la Convención pone de relieve la importancia de facilitar el acceso al voto de todas las personas con discapacidad –información adecuada, facilidad de acceso, etc.-. Aunque esto pueda parecer una cuestión baladí, son múltiples las dificultades que el colectivo puede encontrarse para poder ejercer de forma igualitaria su derecho al voto, y en la conciencia social aún no se han fijado los patrones necesarios para comprender, que los apoyos en dicha materia son necesarios para hacer prevalecer los presupuestos asignados a un Estado social, democrático y de derecho. Por poner un ejemplo, las elecciones de 2011 fueron las primeras en las que los partidos políticos crearon programas electorales de lectura fácil –En colaboración con la FEAPS-¹¹⁶ .

En la misma línea el Comité Internacional formado por expertos, que supervisa el cumplimiento de los mandatos de la Convención, en las observaciones finales dirigidas a nuestro país con fecha 19 de octubre de 2011 en relación con el artículo 29, señala que *recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales*¹¹⁷.

Queda patente que el actual sistema en materia de derecho al voto, regulado en la LOREG¹¹⁸, puede socavar y discriminar el derecho de todas las personas con discapacidad –que estén incapacitadas- a participar en la vida pública, y a ejercer un

¹¹⁶ Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual

¹¹⁷ Punto 48 de las observaciones finales del Comité Internacional a España, publicadas el 19 de Octubre de 2011.

¹¹⁸ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

acto personalísimo como es el derecho del sufragio activo. Además, pese a las directrices marcadas desde los estamentos internacionales, que abogan por una reestructuración de la citada Ley desde hace aproximadamente unos 4 años, el Estado español sigue permitiendo la privación de un derecho fundamental, basándose en unos criterios carentes de fundamento y objetivamente discriminatorios.

Si la fundamentación que justifica este hecho, reside en la falta de capacidad de discernimiento sobre los actos que conlleva el ejercicio del sufragio activo, considero que aún hoy nos encontramos muy alejados de la realidad social y política existente en nuestro país. Parece –bajo mi punto de vista- un acto discriminatorio, que la exigencia para ejercer el derecho al voto para la ciudadanía en general se base en ser mayor de 18 años y estar inscrito en el censo electoral vigente¹¹⁹, y en el caso de las personas con diversidad funcional a las que se somete a un proceso de modificación de la capacidad, deban de “demostrar” su capacidad de autodeterminación política.

Desde un punto de vista social, queda patente la necesidad de impulsar un aire renovador respecto a los prejuicios que tiene gran parte de la ciudadanía sobre las personas con discapacidad y sus derechos, esa falta de concienciación puede ser la causante de la “normalización” o pasividad ante una vulneración tan ostensible como la privación del derecho al voto.

La solución, estriba en crear los mecanismos necesarios para que las personas con discapacidad, puedan participar plenamente en la vida pública y política en igualdad de condiciones respecto al resto de la ciudadanía, y además, adaptarnos a sus necesidades específicas y lograr que no se vulnere el derecho a decidir sobre las decisiones de Estado que, por supuesto, también son de su incumbencia.

Desde hace muchos años, los poderes políticos han optado por tomar “la vía fácil”, y presuponer que ciertas discapacidades son incompatibles con el disfrute del derecho al sufragio por falta de capacidad, sin darse cuenta, que dichas medidas son las que realmente crean verdaderas situaciones de desprotección e incapacitación en las personas que las sufren.

7.3 El internamiento involuntario por razones psiquiátricas.

Cuando nos referimos al internamiento involuntario, ya sea ordinario o de carácter urgente, estamos abordando un proceso que implica el ingreso de una persona en un

¹¹⁹ Art. 2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

establecimiento especial –hospital, clínica, etc.- sin su consentimiento. Lo mencionado, necesariamente implica que estamos ante una privación de la libertad del sujeto, por lo que se torna especialmente relevante, establecer los mecanismos necesarios para hacer cumplir los preceptos Constitucionales en la materia¹²⁰ –como son la dignidad, la libertad y la seguridad-, con el único fin de recuperar su salud, reinsertarlo socialmente y proteger su persona.

Debemos de tener en cuenta, que la legislación siempre ha estado especialmente preocupada a la hora de regular dicho precepto, principalmente por la “colisión” que supone la implementación del internamiento involuntario, respecto al derecho a la libertad reconocido nacional e internacionalmente.

De esta forma, el Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en su Art.5 define *que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes* ¹²¹ *y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.* De lo citado, se deduce que los casos en los que se produzca dicha supresión de la libertad, deben de ajustarse a Derecho.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la legalidad del proceso en cuestión, y en base a dichas sentencias se han establecido los requisitos mínimos que deben de albergar los procesos en los que se produzca un internamiento involuntario por razones de índole psiquiátrica, como señala GANZENMULLER ROIG¹²² estos son:

¹²⁰ Los artículos a los que se hace mención son el Art. 10 CE: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. (2). Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Art. 17.1 CE: “(1). Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la Ley”. (2). La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

¹²¹ Cobra especial relevancia el punto e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo

¹²² GANZENMULLER ROIG, CARLOS, “El internamiento voluntario”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol. I, Aspectos jurídicos*, 2007, p.372

- Que el internamiento por trastorno psiquiátrico sea considerado como una privación de la libertad.
- Que el Art. 5.1 del Convenio de 1950 se interprete de manera restrictiva, es decir, que por persona enajenada se entienda aquella con graves trastornos mentales, no la que se aleje de los patrones conductuales comunes.
- La existencia de un informe médico que certifique la existencia de dicha patología.
- Que exista un procedimiento judicial que cumpla todas las garantías, de tal forma que el interesado deba de ser escuchado y se le informe de las condiciones y motivaciones que subyacen al proceso –causa del internamiento, duración del mismo, etc.-
- Control periódico del internamiento por parte del mismo Tribunal.
- El internamiento proseguirá solo mientras estén presentes los motivos que derivaron dicha situación.

En el marco jurídico estatal, con anterioridad a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, lo concerniente a la materia estaba regulado en el Art. 211 del Código Civil introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La actual reforma, que deroga el Art.211 del CC, responde a la necesidad de fijar más límites a una actuación que restringe el derecho de libertad de la personas, tanto en el plano de la libertad de movimientos, como en el del seguimiento obligatorio de un tratamiento médico¹²³. Dicha reforma, presente en el Art.763 de la LEC, es la encargada de regular el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, y pretende renovar y abarcar todos los procedimientos y preceptos recogidos en las diferentes normas estatales, además de cumplir con los fundamentos estipulados desde el ámbito internacional.

Lo referido en el citado artículo define que *el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté*

¹²³ GONZÁLEZ-SERRANO CAZORA, María del Carmen, “Internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad”, *El justicia de Aragón*, 2010, p. 505

sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

Pese a que existen dos posturas doctrinales contrapuestas, mi opinión es que lo reflejado en el citado artículo no incluye a los ingresos involuntarios en establecimientos residenciales para personas mayores, es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil no describe exhaustivamente las características de los centros a los que se refiere, pero el contenido resulta necesariamente vinculante a pacientes que presenten la necesidad de un tratamiento psiquiátrico, hecho que no necesariamente concurre en los ingresos en dichos establecimientos.

Es cierto que existen corrientes jurídicas y sociales, que identifican las causas del internamiento no voluntario con las recogidas en el Art.200 del CC, aunque como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁴, los motivos deben de estar ligados a enfermedades psiquiátricas agudas, tales como esquizofrenias, neurosis, psicosis y desequilibrios mentales y no a enfermedades degenerativas.

Para ilustrar lo mencionado, y tal y como define POVEDA Y PIÑÓN MARTÍN¹²⁵, las causas que justifican un ingreso involuntario son:

- El paciente presenta una enfermedad mental que requiere un tratamiento inmediato.
- El tratamiento puede ser realizado exclusivamente en régimen de hospitalización.

¹²⁴ GONZÁLEZ-SERRANO CAZORA, María del Carmen, “Internamiento involuntario por razón”. Op.cit., p.506

¹²⁵ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PIÑÓN MARTÍN, José Marcos, “Los discapacitados y su protección jurídica”, *Estudios de Derecho Judicial*, N° 22, 1999, pp. 33-34

- El ingreso se realiza en beneficio del paciente y/o para la protección de terceras personas.
- Existe imposibilidad de tratamiento ambulatorio por abandono social.

Los internamientos involuntarios, deben de fijarse con el único fin de proteger la esfera individual y social de la persona en cuestión, es por ello que los órganos competentes deben de procurar que las medidas adoptadas, respondan a casos clínicos y jurídicamente vinculantes, en los que las patologías presentes impidan el normal desarrollo del autogobierno del interesado, además de poner en riesgo su integridad o la de terceras personas. Lamentablemente, en la práctica es habitual encontrarse con situaciones en las que las enfermedades psiquiátricas son tan gravosas, que el entorno cercano puede soportar situaciones de tensión o riesgo. En dichas ocasiones, el internamiento involuntario se presenta como la única solución viable para el tratamiento y posterior estabilización de la persona en cuestión, es decir, como medida protectora para el individuo aquejado por una patología psiquiátrica y para terceros que pudiesen verse afectados por dicha situación.

Por último, cabe señalar los tipos de internamiento de carácter no voluntario existentes en nuestro ordenamiento jurídico:

- El *internamiento urgente*, que tiene lugar ante una situación de urgencia médicamente evaluable, es decir, el ingreso surge de una situación de especial riesgo o desprotección que debe de ser abordada de forma inmediata. Esta decisión es responsabilidad del facultativo, y al Juez le compete la autorización o reprobación de los actos ya realizados. La comunicación a este último debe de producirse en un plazo de 24 horas como máximo, y su respuesta sobre la idoneidad del proceso no debe de superar las 72 horas.
- El *internamiento ordinario*, se caracteriza por la ausencia de una situación de urgencia, por lo que puede esperarse a la existencia de una resolución judicial al respecto.

Obviamente, las circunstancias médicas pueden variar a lo largo del periodo de internamiento, por lo que el control judicial respecto al desarrollo de la medida debe de ser exhaustivo, manteniendo una vigilancia periódica de la evolución de la persona, y resolviendo sobre la idoneidad de mantener el internamiento cada vez que reciba los informes facultativos.

La dificultad que subyace a este tipo de supuestos, reside en la correlación existente entre una causa médica palpable y la supresión de un derecho fundamental como es la libertad. Existe una gran complejidad, a la hora de discernir acerca de la capacidad de una persona para autogobernarse y responder sobre sus actos, y que a su vez, estos no pongan en peligro a su propia persona o a la de terceros.

Es por ello, que la regulación jurídica del internamiento no voluntario, debe de perseguir el último fin de proteger y promover la calidad de vida de la persona en cuestión, además de velar por la seguridad y el libre desarrollo de terceras personas que pudiesen verse afectadas por la situación.

Obviamente, existen circunstancias en las que la única medida viable para proteger a un individuo es el internamiento involuntario en un centro especializado. Para ello, se torna necesario la existencia de un sistema que garantice el respeto a un derecho fundamental tan básico como es la libertad, inherente a toda persona por el hecho de serlo.

7.4 Tratamiento ambulatorio involuntario

Si como ya hemos analizado en el capítulo anterior, la Ley permite la limitación total de la libertad de un individuo basándose en su enfermedad mental, sería lógico que existiese una regulación expresa que graduase dicha limitación. La práctica psiquiátrica y la realidad social del colectivo, han desembocado en diversas reivindicaciones asociadas a la necesidad de regular de forma más expresa dicha casuística.

A diferencia de la mayoría de las personas con dolencias físicas, las aquejadas por trastornos de índole psiquiátrica suelen no tener una conciencia plena de la enfermedad, lo que dificulta el seguimiento de su pauta farmacológica. En dichos casos el seguimiento de un tratamiento ambulatorio sería lo idóneo para lograr la mejoría del paciente: el seguimiento de la terapia y de la medicación prescrita por los facultativos, sería lo único imprescindible. Así, si no existe cooperación por parte del paciente, o se procede a su ingreso involuntario, o bien se articula un sistema que asegure el seguimiento de la pauta médica sin obviar el fin último, la integración del enfermo, acudiendo al tratamiento ambulatorio involuntario¹²⁶.

El debate acerca de la utilidad y viabilidad de los tratamientos ambulatorios involuntarios – A partir de ahora TAI-, ha surgido en torno a dos grandes materias

¹²⁶ LOPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol. I, Aspectos jurídicos*, 2007, p.409

implicadas en dichos supuestos. Por un lado, desde el punto de vista *científico* se discute sobre la verdadera utilidad de los TAI para dar solución a la problemática antes planteada, por otra parte, desde el ámbito *jurídico* se plantea si el ordenamiento español puede legitimar y ordenar directamente dicha práctica.

Sin profundizar aún en las cuestiones sanitarias, jurídicas y sociales que envuelven a los TAI, parece obvio afirmar que este tipo de tratamientos son menos “agresivos” para el paciente que los ingresos involuntarios. El mantenimiento de cualquier persona en su entorno, debe de ser la premisa con la que trabajar en todas las materias que regulen derechos relacionados con la capacidad o libertad de las personas con discapacidad.

En el año 2004, con una propuesta de modificación legal y en noviembre del 2006 con la presentación de un Proyecto de Ley, se inicia un interesante debate en nuestro país acerca de la regulación y funcionamiento de los TAI. Por un lado, la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales –FEAFES- y los partidos políticos, proponían una modificación del Art.763 de la LEC, que consistiría en añadir un punto más a lo dispuesto en el citado precepto, así este quedaría reflejado de la siguiente forma:

“Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal”

“En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo, que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y su seguimiento, así como la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento”

Lo que la FEAFES pretendía era dar cobertura legal a los facultativos, en los casos en los que los pacientes se negaban a seguir ningún tratamiento –ya fuese por la inexistencia de concienciación del padecimiento de una enfermedad o por la negativa a padecer los efectos secundarios de los medicamentos prescritos-. En la práctica parece estar comprobado, que la calidad de vida de una persona con un trastorno mental y que sigue un tratamiento socio-sanitario adecuado, no se ve agravada o alterada de forma ostensible.

Actualmente, las personas que precisan esta atención continuada, se están viendo relegadas al más absoluto abandono, con la única medida disponible basada en el ingreso involuntario cuando existe una pérdida de calidad de vida alarmante, o bien se produce una situación de riesgo evidente para su propia integridad o la de terceras personas¹²⁷. La experiencia profesional revela, que son habituales los casos en los que una persona ingresa 6 o 7 veces al año, con carácter urgente y de manera involuntaria en la Unidad de Agudos de los Centros hospitalarios, sin la certeza de que dicha persona vaya a seguir ningún tratamiento socio-sanitario en los periodos en los que resida en su domicilio.

En virtud de lo mencionado, la FEAFES reclama la regulación del TAI en el ordenamiento jurídico español, estableciendo mecanismos individualizados, que valoren de forma única y personal las vicisitudes intrínsecas de cada paciente, con el objetivo de alcanzar los fines terapéuticos dispuestos. En este punto, debemos de entender que el TAI se contempla como una medida rehabilitadora desde el punto de vista sanitario y social, y nunca como un acto represivo.

A lo planteado por la FEAFES, se opuso la Asociación Española de Neuropsiquiatría – AEN, citando lo siguiente¹²⁸:

“1. Esta asociación siempre se ha proclamado contraria a la promulgación de cualquier legislación específica para las personas que sufren trastornos mentales, por considerarla discriminatoria y estigmatizante. Por tanto, en esta ocasión, en relación con la regulación de los tratamientos involuntarios también nos manifestamos en contra.

2. Hasta el momento no existe suficiente evidencia científica sobre la eficacia del tratamiento obligatorio ambulatorio, ni tampoco evaluaciones concluyentes sobre los pros y los contras que lleva su aplicación.

3. En el marco Europeo no existen recomendaciones sobre la conveniencia de introducir reformas legales específicas para regular este tipo de tratamiento.

4. El texto propuesto que intenta responder a la legítima frustración y desesperación de los familiares, adolece de imprecisión, falta de criterios sobre su aplicación, no considera los riesgos de generalización, ni tampoco delimita suficientemente las

¹²⁷ LOPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, “El tratamiento ambulatorio involuntario”. Op.cit., p.405

¹²⁸ AEN <http://www.portalsaludmental.com/Article326.html> Noviembre 2006, (visto el 18 de Mayo de 2015)

actuaciones correspondientes en caso de incumplimiento, ni los servicios que se requerirían para que tales medidas tuvieran efecto con lo que no representa una solución. Un problema de tratamiento (rehabilitación, etc.) y de soporte social (alojamiento, etc.) no va a ser solucionado por una Ley corriéndose el riesgo de una psiquiatrización de toda conducta anómala de los pacientes.

5. El carácter forzoso del tratamiento hace que tan solo pueda objetivarse el cumplimiento del tratamiento farmacológico, sin que se pueda garantizar la existencia o la adherencia a un plan terapéutico y/o rehabilitador. Cada día hay más evidencias de que el tratamiento integral y/o combinado (farmacológico, psicoterapia y rehabilitación psicosocial) es el más eficaz para los trastornos graves.

6. La “judicialización” del tratamiento puede incluso fomentar actitudes de inhibición o de “desresponsabilización” de los profesionales sanitarios por delegación en el sistema judicial. La experiencia de implantación de la “Ley de Menor” sin el desarrollo previo de los recursos necesarios introdujo en muchas comunidades más problemas clínicos y sociales que antes de la misma.

7. La participación del paciente en la toma de decisiones, el consentimiento y pacto asistencial basado en la confianza entre los profesionales sanitarios y el usuario son ejes fundamentales en la evolución del tratamiento y posterior proceso rehabilitador.

8. El tratamiento involuntario en atención comunitaria es controvertido y tiene implicaciones en los Derechos Humanos de las personas con Trastorno Mental.

En mi opinión, la eficacia del tratamiento no recae sobre la intervención judicial, sino sobre el tipo de intervención socio-sanitaria que se realice con el paciente. Por lo tanto, la responsabilidad de elaborar el itinerario de inserción, debe de recaer sobre los facultativos y técnicos de lo social que conozcan el caso de primera mano, dejando la labor judicial como un mecanismo que garantice el respeto por los derechos humanos de la persona en cuestión.

En los casos en los que se detecte un claro riesgo, la implementación de un TAI debe de vincularse a la figura de control representada por el Juez, sin dicha judicialización, podríamos encontrarnos ante situaciones en las que los tratamientos respondan a actitudes paternalistas o benefactoras, que ni mucho menos son sinónimo del respeto por la dignidad y libertad inherente a todas las personas.

Así, huyendo de los postulados paternalistas que en ocasiones envuelven a los TAI, parece imprescindible vincular estos con el concepto de “necesidad clínica”, que como señala ROMERO CUESTA y GORROTXATEGUI LARREA¹²⁹, *debe de llevar consigo una deliberación sobre la clínica que presenta el paciente, los posibles beneficios y perjuicios del tratamiento, sin olvidar un aspecto crucial; la capacidad del paciente para decidir sobre sí mismo. En este caso, además de demostrar que el tratamiento prescrito es el adecuado y no existe otra medida menos restrictiva, será preciso evaluar el nivel de competencia del paciente para tomar decisiones autónomas. Entendiendo además que el rechazo a un tratamiento no implica necesariamente incompetencia ni la existencia de una enfermedad mental por sí misma.*

De lo señalado, se deduce la correlación entre la capacidad y la necesidad, obviamente a toda persona se le debe de presuponer su capacidad para decidir sobre su grado de adhesión a cualquier tratamiento, aunque ello –bajo mi punto de vista- no debe de suponer una barrera infranqueable cuando existen situaciones ostensiblemente graves, que no son percibidas de tal forma por el paciente debido a una grave patología clínica.

Siendo consciente de la extrema dificultad desde el punto de vista de la ética que plantea este debate, el punto de partida debe de surgir de la eliminación de las visiones paternalistas o indiferentes que estén presentes en la casuística, optando por la adopción de posturas vinculadas al estudio individualizado de cada caso, con el único fin de incrementar el nivel de vida de todas las personas que puedan verse inmersas en situaciones de este tipo.

La práctica nos ha revelado, que centrarse en el debate ético o judicial de la cuestión, solo ha servido para hacer patente la falta de respuestas óptimas, el abandono o el escaso grado de responsabilidad social que envuelve a los TAI. En mi opinión, es igual de inmoral vulnerar derechos, que privar a cualquier persona de su disfrute.

En definitiva, la protección de las personas que puedan verse inmersas en un TAI, debe de responder a los criterios de necesidad y proporcionalidad, estableciendo las medidas de vigilancia necesarias para que dichas actuaciones se inserten en la legalidad. Solo de esta forma podremos implementar actuaciones que respeten plenamente los derechos fundamentales de las partes implicadas.

¹²⁹ ROMERO CUESTA, Javier y GORROTXATEGUI LARREA, Maite, “Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética”, *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, Vol.29, Nº124, 2009, p.429

8. CONCLUSIONES

La posición social y jurídica de las personas con discapacidad ha variado de forma ostensible a lo largo de la historia. El denominador común a lo largo de extensos periodos ha estado marcado por la perenne exclusión y marginación social del colectivo, lo que a su vez llevaba implícita una total desprotección en el ámbito jurídico.

La asunción de nuevas conceptualizaciones, que pretendían erradicar los estados de completa vulnerabilidad en los que se encontraban las personas con diversidad funcional, dieron lugar al establecimiento de un nuevo modelo denominado médico o rehabilitador. Este paradigma asume dos premisas fundamentales, la primera relaciona las causas que dan origen a la discapacidad con supuestos de índole científica, por lo que el objeto de estudio y tratamiento está ligado de facto al espectro médico; y en segundo lugar se concibe la integración del colectivo como una labor que busca de forma exclusiva la eliminación u ocultación de la diferencia.

Estas dos premisas suponen en la práctica la puesta en marcha de medidas protectoras de índole paternalista, que promueven una visión de la discapacidad ligada a la dependencia y a la necesidad de rehabilitación como única vía para alcanzar la dignidad.

Fruto de las ingentes luchas del colectivo, y de la cada vez más palpable necesidad de promover el respeto por los derechos y libertades de las personas con discapacidad, surge a finales del S.XX el germen de lo que a posteriori sería denominado como modelo de la autonomía o social. Por primera vez en la historia se abandonaron los postulados religiosos y científicos como causas directas de la discapacidad, otorgando un papel preponderante a los mecanismos sociales, causantes en gran medida de las actitudes opresoras y discriminatorias sufridas por el colectivo.

La discapacidad es el resultado de una sociedad que no tiene presentes las necesidades vinculadas al mundo de la diversidad funcional. Desde esta perspectiva, el análisis social y jurídico de todo lo concerniente a la discapacidad, debe de ligarse a las limitaciones de la propia sociedad, para asegurar de una manera óptima que las necesidades del colectivo sean tenidas en cuenta respecto a todo lo concerniente a la organización social.

El modelo social prima el respeto por la dignidad y capacidad de todas las personas con discapacidad, resaltando la necesidad de una actitud social inclusiva que respete y

proteja la diversidad, frente a las medidas que buscan la ocultación y el menosprecio de todos aquellos “perfiles” que se alejen de los parámetros de la “normalidad”.

Habitualmente en la historia, las luchas sociales sólo alcanzan la “victoria” cuando el Derecho plasma sus reivindicaciones. De este modo el nuevo paradigma social sólo puede ser entendido como una cuestión de Derechos Humanos. Pese a la existencia de diversos cuerpos legislativos que recogen dicha premisa, se pueden vislumbrar numerosas carencias en relación con el respeto por la dignidad y plena capacidad de las personas con diversidad funcional.

Fruto de la constatación de la existencia de dichas carencias, en el año 2006 la Comunidad Internacional adopta un instrumento vinculante denominado Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. En este tratado subyace una clara filosofía ligada al modelo social, tanto en las causas que dan origen a la discapacidad, como en las medidas a adoptar para remover los obstáculos sociales presentes que dificultan la plena integración del colectivo.

Su carácter vinculante, ligado a la ratificación del texto por parte de España en el año 2007, confiere una gran relevancia a lo expuesto en la Convención, ya que los preceptos allí recogidos deben de ser la piedra angular en el análisis de la situación de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español.

Sin duda España ha desarrollado una extensa normativa en relación a las personas con diversidad funcional, que pretende equiparar derechos y eliminar barreras y desigualdades. Pese a ello existen varios ámbitos ligados a la discapacidad en los que el ordenamiento jurídico español aún no ha adoptado de forma íntegra los postulados ligados al modelo social y a la Convención Internacional.

Uno de los aspectos de mayor relevancia dentro de la Convención, se encuentra en el artículo 12 de la misma en el que se hace referencia al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que debe ser entendida en el citado tratado como la suma de la capacidad de derecho y la capacidad de obrar. La visión existente acerca de dicho fenómeno, aún se encuentra presidida por ciertos matices de prejuicio y subestimación, es decir, la panorámica social y jurídica referente a la capacidad del colectivo –sobre todo de las personas con discapacidades psíquicas y enfermedades mentales- recoge un alto grado de paternalismo y beneficencia, que se visibiliza en los

mecanismos legales que regulan las modificaciones de la capacidad de las personas supuestamente “incapaces”.

Los mandatos internacionales en materia de capacidad, ratificados por España en el año 2007, se impregnan nuevamente de una visión social y trasgresora que apuesta por “romper” con los mecanismos tradicionales de *sustitución* de la capacidad, para crear un nuevo espacio basado en el *apoyo* en la toma de decisiones. Obviamente la tarea que supone la adaptación de los textos normativos a dicho mandato es ardua y complicada, en primer lugar por la propia visión de la sociedad respecto a la casuística, y en segundo lugar porque –como en el caso de España- los marcos legislativos encargados de regular la materia, tienen recogidas medidas en su articulado que pueden no incumplir de forma explícita lo recogido en la Convención.

Limitar la capacidad de obrar de una persona supone un acto de una trascendencia vital, no debemos olvidar que dicha limitación lleva implícito un menoscabo de los derechos de las personas que se ven inmersas en los mencionados procesos, por lo que el análisis e implementación de las medidas reguladoras de la modificación de la capacidad, deben de estar presididas por una motivación única e inamovible: la adecuada protección de las personas vulnerables que por sus condiciones personales tienen graves limitaciones para autogobernarse.

El ordenamiento jurídico español contempla que las modificaciones de la capacidad solo pueden ser establecidas a través de una sentencia judicial. Compartiendo dicha premisa, el debate debe de situarse en los condicionantes o causas que pueden albergar las sentencias que dan origen a una modificación de la capacidad. Uno de los requisitos establecidos en el artículo 200 del Código Civil, señala la necesidad de la existencia de una previsible perdurabilidad en las causas que dan origen a la sentencia de incapacitación. Como la gran mayoría de asuntos, predecir el estado de autogobierno futuro de una persona se torna ostensiblemente complicado, sobre todo cuando abordamos la cuestión en referencia a personas con un trastorno mental, que no mantienen un desarrollo lineal e inamovible en cuanto a su capacidad volitiva. Es por ello que la jurisprudencia española ha establecido como principal requisito, que las sentencias de modificación de la capacidad deben de ser abordadas de manera única e individual, estableciendo los mecanismos de protección necesarios en cada caso. Pese a ello las inercias observadas en la práctica habitual nos muestran una realidad diferente, en la que en algunas ocasiones la sustitución total de la capacidad es implementada de

manera prácticamente automática, lo que cuestiona firmemente la finalidad última de dichas medidas.

Uno de los grandes problemas que envuelven de forma habitual las modificaciones de la capacidad en nuestro país, se encuentra en los motivos subyacentes a dichos procesos. Es práctica habitual que las demandas de “incapacitación” sean utilizadas como el vehículo para resolver problemas que nada tienen que ver con el interés supremo del presunto incapaz, así podemos encontrarnos asiduamente con demandas que se inician por disputas familiares, despilfarro económico, necesidad de una venta, o la negativa de una persona a un ingreso en un establecimiento residencial para personas mayores. En mi opinión, cualquier sentencia de modificación de la capacidad que esté originada por cualquier supuesto de los citados anteriormente, vulnera de forma flagrante la dignidad inherente a todo ser humano, además de ser contrario a lo estipulado en la Convención.

Obviamente lo citado en el anterior párrafo no supone que no se deba de proteger a las personas inmersas en esas vicisitudes, sino que existen recursos y medidas en nuestro ordenamiento para implementar actuaciones que deriven en una solución eficiente de la problemática en cuestión –colaboración entre Servicios Sociales y los recursos Sanitarios, medidas de apoyo desde Salud Mental, etc.-

Toda vez que la modificación de la capacidad ligue de forma explícita la causa y el motivo, la sentencia recogerá la figura de guarda legal que se entienda más adecuada para la protección y promoción de la persona. En España alrededor del 95% de las sentencias de modificación de la capacidad se resuelven incapacitando de forma total, un dato que por sí solo refleja la necesidad de la revisión del funcionamiento de nuestro sistema. En todos esos casos, a la persona incapacitada se le designa un tutor que sustituirá de forma absoluta su capacidad de obrar. Lo citado ligado al porcentaje de casos en los que se produce esta casuística, revela la inadecuación de un alto número de sentencias respecto a lo estipulado en el modelo social y en la Convención Internacional.

Aunque bajo mi punto de vista, el funcionamiento judicial en materia de incapacitaciones debe virar hacia la implementación progresiva de un sistema de apoyos en la toma de decisiones, –que encaja con la figura de la curatela recogida en nuestro ordenamiento-, existen casos que debido a la patología presente en la persona, que invalida de forma absoluta su capacidad de autogobierno –casos de Alzheimer avanzado

por ejemplo-, la única vía para alcanzar una óptima protección e incremento del nivel de vida se halla en la sustitución total de su capacidad.

Más allá del debate acerca de la nomenclatura, se debe de poner en valor el significado otorgado a los mecanismos de representación legal existentes en nuestro ordenamiento. En numerosos casos la modificación de la capacidad sólo supone un cambio en el status jurídico pero no en el incremento del nivel de vida de la persona, por lo que se torna necesario una revisión por parte de las estructuras sociales y judiciales que son participes en la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, de los mecanismos utilizados para dar cobertura a las necesidades de las personas incapacitadas.

Lo citado en el anterior párrafo, pasa por la necesaria creación de más juzgados especializados en materia de modificación de la capacidad, que cuenten con un equipo técnico formado por profesionales de lo social, además de personal vinculado al ámbito de la Salud Mental. La especialización mencionada, supondría un estudio y tratamiento individual y pormenorizado de las situaciones intrínsecas de cada persona presuntamente incapaz, además de la elaboración de planes de intervención amoldados a las necesidades reales de cada persona inmersa en los citados procesos, y por ende, una mejora sustancial en los objetivos ligados a la modificación de la capacidad con el consiguiente aumento del nivel de vida de los interesados.

Una de las cuestiones fundamentales ligadas a las personas con discapacidad, se encuentra en la protección desde el plano jurídico y social respecto al ejercicio de los derechos del colectivo. Son muchos los supuestos en los que la práctica legislativa puede suponer un acto discriminatorio por causas ligadas a la discapacidad, entre ellos podemos señalar el aborto eugenésico, el derecho al voto, el internamiento involuntario por trastornos de índole psiquiátrica y los tratamiento ambulatorios involuntarios.

Respecto al aborto eugenésico cabe señalar que la Ley 2/2010, de 3 de Marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, refiere una serie de supuestos denominados “causas médicas” que en mi opinión pueden suponer una clara discriminación basada en causas ligadas a la discapacidad. Aunque la propia Ley señala la necesaria protección de la vida prenatal, el artículo 15 parece otorgar una menor consideración de dicha vida si en ella concurren causas ligadas a la discapacidad.

En ningún momento es mi intención plantear ninguna duda sobre el derecho general de la mujer a decidir sobre el devenir de su propio cuerpo, sino que dicho derecho debe de ser establecido desde la premisa de no albergar “distinciones” que supongan actos discriminatorios, es decir, si el aborto en un país es libre hasta las 14 semanas, no encuentro la justificación ética o jurídica que avale aumentar dicho plazo si concurren causas ligadas a la discapacidad en el feto – Hoy en día nadie se plantearía aumentar el citado plazo si existiese la posibilidad de tener una niña en vez de un niño, si existiese la posibilidad de que el recién nacido fuese de color, o su condición sexual no fuese la de heterosexual-.

Otro de los derechos que suelen verse afectados cuando nos referimos a personas con diversidad funcional, es el relacionado con el derecho al sufragio activo. En la actualidad cerca de 80.000 personas están privadas de su derecho al voto mediante sentencia de modificación de la capacidad. Parece muy cuestionable que una medida que busca la protección integral de una persona con dificultades para su autogobierno, ampare la exclusión total de la participación pública y política del susodicho.

Presuponer que algunas personas con discapacidad no tienen suficiente autodeterminación política para ejercer su derecho al voto, lleva implícito una exigencia que en ningún caso se plantea para las personas sin discapacidad – recordemos que la LOREG marca como requisitos para poder ejercer el derecho al voto el ser mayor de 18 años y estar inscrito en el censo correspondiente-. El mayor “riesgo” que podría suponer, residiría en que el ejercicio de votar se desarrollaría sin conciencia plena, en mi opinión está más que demostrado que lo mencionado no sólo se da en personas con discapacidad.

En definitiva, sólo en casos extremadamente graves en los que concurriese una nula capacidad de autogobierno, sería lícito privar del derecho al voto con el fin de evitar las más que probables injerencias o manipulaciones en el ejercicio de dicho derecho. El resto de situaciones en las que no se observen esas situaciones extremas, y en las que se priva de participar en la vida pública del país con el consiguiente aislamiento y exclusión que ello conlleva, son muy difíciles de justificar en un Estado democrático, social y de Derecho.

Otra de las esferas relacionada con los derechos fundamentales y que puede verse afectada por causas ligadas a la discapacidad es la relacionada con la libertad. Dentro de

este supuesto nos encontramos con los internamientos involuntarios motivados por causas de índole psiquiátrica, no nos debemos de olvidar que el internamiento involuntario supone una privación de la libertad –Derecho fundamental recogido en la Constitución española-, por lo que su regulación y puesta en práctica debe de cumplir unos cánones que no violen el derecho en cuestión.

Los motivos para implementar esta medida deben de estar relacionados con trastornos psiquiátricos agudos, que pongan en peligro la esfera personal y social de la persona y puedan suponer un riesgo para terceros. Las motivaciones solo serán éticas cuando los objetivos persigan de forma única la correcta inserción de las personas inmersas en los citados procesos, por lo que en mi opinión el internamiento involuntario debe de estar restringido a casos de urgencia, en los que se persiga la integra protección y promoción de las personas afectadas por dichos trastornos y en los que existan controles judiciales periódicos que aseguren la estancia mínima necesaria para una correcta inserción.

Por último, y continuando en la esfera del derecho a la libertad, nos encontramos con los tratamientos ambulatorios involuntarios. El principal problema que surge en pacientes con trastornos psiquiátricos agudos suele estar asociado a la poca o nula conciencia de la enfermedad que estos poseen, lo que dificulta un correcto seguimiento del tratamiento farmacológico dispensado desde las unidades de Salud Mental.

Debemos de ser conscientes de la existencia de problemáticas que necesitan una pauta farmacológica para lograr un correcto funcionamiento personal, que repercuta óptimamente en la esfera del autogobierno. Por lo tanto en mi opinión, existe la necesidad de ejercer un mayor control judicial –asociado lógicamente a una mejora en la regulación legislativa del proceso-, que facilite el abandono de actitudes basadas en el paternalismo.

El desarrollo del tratamiento debe de combinar la rehabilitación mediante el seguimiento de un tratamiento farmacológico, y la necesaria implementación de planes de intervención psicosocial que faciliten una respuesta integral y duradera, con el objetivo de reestablecer las pautas conductuales óptimas para un correcto desarrollo personal y social.

9. BIBLIOGRAFIA

-AGUIRRE ZAMORANO, Pio,” La sentencia de incapacidad: Alcance y efectos”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007.

-ALCAIN MARTINEZ, Esperanza, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, MOLINA FERNANDEZ, Carmen, GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, Juan, “Informe 2011: La protección jurídica de las personas con discapacidad en España”, *Fundación Derecho y Discapacidad*, 2011.

-BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GOMEZ, Patricia y RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°5, 2012.

-BAUMAN, Zygmunt,” Vidas desperdiciadas”, *PAIDOS Estado y Sociedad*, Barcelona, 2013.

-BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "LA AUTONOMÍA DEL INDIVIDUO EN EL ÁMBITO SANITARIO: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre.", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N°0, 2004.

-Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, “Panorámica de la discapacidad en España”, 2008.

Accesible en: <http://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>

-CALCEDO ORDOÑEZ, Alfredo, “La pericial médica en el proceso de incapacitación civil”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007.

-CASANOVA CORREA, Juan, "La política de Inclusión Social de los discapacitados en Sociología”, *Mundos sociais: saberes e praticas*, 2008.

-COMES MUÑOZ, Elena y ESCALONILLA MORALES, María Blanca, “Discapacidad y procedimiento de incapacitación”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007.

-CUENCA GOMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Nº 10, 2012.

-DE ASIS ROIG, Rafael, "Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº5, 2007.

-DE LORENZO, Rafael y PALACIOS, Agustina, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007.

-ELÓSEGUI SOTOS, Aurora, “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad”, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2010.

-FELICIA CHAMORRO, María y SILVERO AREVALOS, José Manuel,” Enfoque de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: Las Tecnologías de la Información y Comunicación como elemento de inclusión social”, *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, Vol.10, Nº2, 2012.

-FERREIRA, Miguel. A, "Una aproximación sociológica a la Discapacidad desde el modelo social: apuntes caracterológicos", *REIS: Revista española de investigaciones sociológicas*, Nº124, 2008.

-GANZENMULLER ROIG, CARLOS, “El internamiento voluntario”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Vol. I, Aspectos jurídicos*, 2007.

-GARCIA ORTEGA, Cesáreo, " La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002", *Revista Española de Salud Pública*, Nº78, 2004.

-GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “Régimen de los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)”, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Nº Extra 0, 2004.

-GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PIÑÓN MARTÍN, José Marcos, “Los discapacitados y su protección jurídica”, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 22, 1999.

-GONZÁLEZ-SERRANO CAZORA, María del Carmen, “Internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad”, *El justicia de Aragón*, 2010.

-International Disability Alliance, ‘Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD’

Accesible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

-JIMENEZ LARA, Antonio,” Conceptos y tipologías de la discapacidad: documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en *Tratado sobre Discapacidad*, De Lorenzo y Pérez Bueno (Dir.), 2007.

-JIMENEZ LARA, Antonio, "Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos", *Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol.47 N°1, 2010.

-KANT, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. (KW IV, pp. 434-435) Trad. castellana de Norberto Smilg Vidal, *Santillana*, Madrid, 1996.

-LADRÓN TABUENCA, María Pilar, “Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención Internacional de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N°5, 2012.

-LIDÓN HERAS, Leonor, “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación”, *Editorial Universitaria Ramón Areces*, Madrid, 2011.

-LOPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria, “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Vol. I, *Aspectos jurídicos*, 2007.

-MARCOS MARTIN, María Teresa,” La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como nuevo prescriptor de las legislaciones internas. Examen y análisis del artículo 19 de la convención y su alcance, extensión e intensidad en España. Correspondencias y carencias”, *Revista de Derecho UNED*, N°9,2011.

-MINISTERIO DE TRABAJO, SUBSECRETARIA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "La provisión social en España: Del Instituto Nacional de Previsión al Instituto Nacional de Seguridad Social",2007.

-MUYOR RODRÍGUEZ, Jesús, “La (Con) ciencia del Trabajo Social en la discapacidad: Hacia un modelo de intervención social basado en derechos”, *Documentos de Trabajo Social: Revista de trabajo y acción social*, N°49, 2011.

-O’CALLAGHAN, Xavier, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vol.I: Aspectos jurídicos*, 2007.

-Organización Mundial de la Salud, “Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud”, 2011.

Accesible en: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/

-OSPINA RAMIREZ, Mario Andrés, “Discapacidad y Sociedad Democrática”, *Revista Derecho del Estado*, N°24, 2010.

-PALACIOS RIZZO, Agustina, “El modelo social: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Ediciones Sinca S.A*, Madrid, 2008.

-PALACIOS RIZZO, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad?”, *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el síndrome de Down*, N°105,2010.

-PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMAÑACH CABRERO, Javier, “El modelo de la diversidad: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional”, *Ediciones Diversitas*, Madrid, 2006.

-PALACIOS RIZZO, Agustina y ROMAÑACH CABRERO, Javier, “El modelo de la diversidad: Una nueva visión bioética de la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, Vol.2, N°2, 2008.

-QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia, “Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”. *Naciones Unidas*, Ginebra, 2002.

-ROMERO CUESTA, Javier y GORROTXATEGUI LARREA, Maite, “Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética”, *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, Vol.29, N°124, 2009.

-SANJOSÉ GIL, Amparo, “EL PRIMER TRATADO DE DERECHOS HUMANOS DEL S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°9, 2007.

-SANTOS URBANEJA, Fernando,” Los procesos sobre la capacidad de las personas: El internamiento involuntario”, *Estudios del Ministerio Fiscal –II-*, Seminario experiencia sobre la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2002

-SANTOS URBANEJA, Fernando, “Crónica de Previsoria: A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad “, *Revista Digital de Derecho de familia*, 2009.

-SANTOS URBANEJA, Fernando, “Realidad actual de los procesos de incapacitación”, *Jornada Fundación AEQUITAS- Centro de estudios jurídicos*, Madrid 9 y 10 de Marzo 2009.

-SASTRE CAMPO, Ana, "La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, 2012.

-SEOANE RODRIGUEZ, José Antonio, “¿Que es una persona con discapacidad?”, *Ágora: Papeles de filosofía*, Vol.30, N°1, 2011.

-URMENETA, Xabier, “Discapacidad y Derechos Humanos”, *Norte de Salud Mental*, Vol.8, N°38, 2010.

-VILAROIG MARTIN, Jaime, “La desaparición silenciosa: a propósito del cribado eugenésico de las personas con Síndrome de Down”, *Cuadernos de bioética*, Vol.23, N°77, 2012.

FUENTES NORMATIVAS

-Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A, el 10 de diciembre de 1948 en París.

-Convenio de Roma de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

- Declaración de los Derechos de los Impedidos, aprobada mediante resolución 3477 de la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975.
- Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad, resolución A/RES/37/52, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982.
- Principios para la protección de la Salud Mental, resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.
- Los derechos humanos de las personas con discapacidad, Resolución 2000/51 de la Comisión de derechos humanos.
- Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.
- Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Observaciones finales dirigidas a España por el Comité Internacional encargado de supervisar el cumplimiento de los mandatos de la Convención, de 19 de octubre de 2011.
- Constitución de la Republica Española, del 9 de diciembre de 1931.
- Constitución española, del 6 de diciembre de 1978.
- Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963.
- Ley 13/1982 del 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. (Vigente hasta el 4 de diciembre de 2013).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Vigente hasta el 01 de julio de 2015).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 15 de julio de 2015).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2003).

-Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

-Ley 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

-Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de julio de 2015).

-Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

-Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

JURISPRUDENCIA

-Sentencia de 17 de julio de 2008 TJCE/2008/176.

-STC 116/1999.

-STS de 7 de julio de 2004. (STS 4866/2004)

-STS de 29 de abril de 2009. (STS2362/2009)