

Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad

Miembros del Comité

María Teresa López López (Presidenta)
Federico de Montalvo Jääskeläinen (Vicepresidente)
Carlos Alonso Bedate
Vicente Bellver Capella
Fidel Cadena Serrano
Manuel de los Reyes López
Pablo Ignacio Fernández Muñiz
Nicolás Jouve de la Barreda
Natalia López Moratalla
César Nombela Cano
Carlos M^a Romeo Casabona
José Miguel Serrano Ruiz-Calderón

Secretaria del Comité

Emilia Sánchez Chamorro

Informe del Comité de Bioética de España sobre sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad

Con fecha 20 de diciembre de 2017

Por la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se solicitó en fecha 8 de septiembre de 2017, informe del Comité acerca de la adaptación del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 de Naciones Unidas

El Comité en el pleno del día 20 de diciembre de 2017 aprueba el siguiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 78.1 a) de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que fija entre las funciones del Comité emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes.

ÍNDICE

1. DISCAPACIDAD Y PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD	5
2. DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO.	13
3. INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO.	16
4. CAPACIDAD JURIDICA.	19
5. ESTERILIZACION FORZOSA.	24
6. CONCLUSIONES.....	26
<i>Bibliografía citada:.....</i>	<i>30</i>

Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad

La Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Dña. Dolors Montserrat, solicitó al Comité de Bioética de España, mediante carta de 8 de septiembre de 2017, la elaboración de un informe acerca de las necesidades de adaptación de la legislación española al art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD). Concretamente hacía mención a los siguientes aspectos: la modificación de la LOREG respecto al derecho de sufragio pasivo y activo de las personas con discapacidad; la modificación de las normas que regulan la incapacitación, el internamiento forzoso, tutela y demás reglas relacionadas con la capacidad de ejercicio y obrar de las personas con discapacidad; y la esterilización de estas personas sin su consentimiento.

El Comité de Bioética de España -como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud- tiene un marco de actuación delimitado legalmente. En consecuencia, le corresponde informar preferentemente sobre las implicaciones bioéticas de los asuntos sobre los que se le consulte. En este informe no se abordan las cuestiones técnico-jurídicas que pueda comportar la adaptación de la legislación española a la CDPD; mucho menos incluimos propuestas concretas de reforma de las leyes. Lo que hemos tratado de hacer es identificar las posibles colisiones entre la CDPD y las leyes españolas y apuntar los cambios que habría que llevar a cabo. Conviene recordar que desde el momento en que España ratificó el CDPD, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y no puede haber diversidad de respuestas entre lo dispuesto en el CDPD y las leyes españolas. Esas contradicciones deben resolverse y las alternativas principales para hacerlo son cuatro.

Primera, mediante la aprobación de reservas sobre aspectos concretos del CDPD. Por lo general, se establece que estas medidas se puedan adoptar en el momento de la ratificación del tratado, pero no tiempo después. En todo caso, cabe recordar que el art. 46 CDPD dispone que “No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención”. Teniendo en cuenta, como se verá más adelante, que la mayoría de las contradicciones que se dan entre el CDPD y las leyes de España afectan a los principios esenciales de la Convención, no parece que quede margen para la adopción de reservas.

Segunda, denunciando el CDPD para que deje así de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. No parece que este sea el sentir ni de la mayoría parlamentaria, ni de la opinión pública, ni de los colectivos de personas con discapacidad.

Tercera, tratando de interpretar las normas que entran en contradicción en tales términos que se logre una compatibilidad de criterios. El problema está en que los principios que sustentan ciertas leyes españolas que afectan a las personas con discapacidad son frontalmente contrarios a los consagrados en la CDPD, y los intentos de compatibilizar unas y otras normas por medio de la interpretación no parece que vayan a tener mucho alcance.

Cuarta, modificando aquellas normas de nuestro ordenamiento jurídico que de ninguna manera se puedan hacer compatibles con la CDPD. Para identificar cuáles sean estas normas y la dirección a la que debería orientarse su modificación disponemos de dos instrumentos jurídicos de extraordinario valor. De un lado, la Observación General nº 1 del "Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CODPD, el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención), dedicada monográficamente al art. 12 CDPD, que fue aprobada en 2014, y que proporciona una interpretación auténtica del mismo¹. De otro, las Observaciones finales del CODPD sobre España, de 2011, que nos orientan acerca de aquellos aspectos del Derecho español que el Comité considera que son incompatibles o plantean dificultades con respecto a la CDPD². También hemos tenido en consideración que la Disposición Adicional primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de noviembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) como entidad independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de dicha Convención, cuya posición sobre la cuestión que estamos tratando se expresa en el último de sus Informes anuales sobre Derechos Humanos y Discapacidad³.

La CDPD es un hito en la historia del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, que no ha estado exento de controversia en España. A nivel de los principios, porque sigue dándose un intenso enfrentamiento entre quienes mantienen una posición proteccionista y los que, en línea con la CDPD, defienden la plena igualdad en el ejercicio de los derechos y la facilitación de los apoyos necesarios para llevarla a cabo. Y a nivel del derecho positivo, porque existen importantes discrepancias interpretativas en cuestiones fundamentales en materia de derechos de las personas con discapacidad. Valga como muestra reciente la no admisión a trámite por parte del TC del Recurso de amparo interpuesto contra una

¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general Nº 1 (2014) sobre el Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/GC/1.

² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre España*, CRPD/C/ESP/CO/1, 2011.

³ CERMI, *Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2016*, 16 de marzo de 2017.

STS (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia nº 181/2016, 17/03/2016) que desestimaba el recurso para la reposición del derecho al voto a una persona con discapacidad, al amparo de la normativa vigente y de conformidad con lo dispuesto en la propia CDPD. Frente a esta providencia el Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica al entender que no puede descartarse totalmente la existencia de una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 23 CE, recurso que el TC desestimó.

En lo que sigue no ofrecemos una síntesis de la pluralidad de posiciones subyacentes a estos debates, ni tampoco la reflexión de este órgano sobre el modo en que deben ser entendidos los derechos de las personas con discapacidad. Nos limitamos a dar respuesta sucinta a las preguntas que nos formula la Ministra sobre la necesidad de adaptar la normativa nacional a la CDPD en cuatro materias: el derecho de sufragio; el internamiento involuntario; el tratamiento de la capacidad jurídica; y la esterilización forzosa.

Sin perjuicio de ello, sí consideramos adecuado incluir, con carácter previo, una reflexión desde una perspectiva estrictamente ética acerca de los problemas que plantea la Convención en relación a los principios de autonomía y de protección frente a la vulnerabilidad. De este modo, iniciamos los siguientes apartados con la citada reflexión, para, a continuación, proceder a contestar a las preguntas que se nos formulan.

1. DISCAPACIDAD Y PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone un hito en la promoción de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pasando a considerárseles como ciudadanos de pleno derecho, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan requerir en situaciones concretas.

En la Convención se reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación. Entre tales derechos, se promueve especialmente la libertad y la autonomía de voluntad, de manera que las personas con discapacidad puedan adoptar las decisiones que estimen oportunas en relación a las cuestiones que puedan atañerles en el libre desarrollo de su personalidad, garantizándose su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. A este respecto, la Convención reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y considera que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de

adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

El artículo 3 de la Convención encabeza los principios generales que la informan con el principio del respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

La Convención supone, por tanto, un cambio sustancial de paradigma de manera que se supera el modelo anterior que partía del presupuesto de que la mejor protección de las personas con discapacidad reside, esencialmente, en excluirles de la toma de decisiones, instituyendo un modelo de protección fundamentado en la promoción de la autonomía. Se pasa de la exclusión a la inclusión, como principio nuclear del nuevo estatuto jurídico de dichas personas.

Como refleja con meridiana claridad el Preámbulo 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, “Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad”.

Se pasa así a considerarles, como señala el Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social. El modelo médico o rehabilitador que inspira a la propia Constitución en su artículo 49 se sustituye por un modelo social y de inclusión de las personas con discapacidad de manera plena en la sociedad.

Se trata, como puede percibirse fácilmente, de un camino en cierto modo similar al que se siguió unos años antes en relación a los menores de edad que pasaron de un modelo de protección basado también en la exclusión, a un modelo inclusivo y de equiparación en relación a varios derechos y libertades al de los mayores de edad.

En todo caso, aun siendo el proceso seguido en ambos casos similar, no creemos que deba pasarse por alto un matiz importante que ni la Bioética ni el Derecho puede obviar, como es el de la permanencia o no de la situación en la que se encuentra el sujeto. La minoría de edad y las limitaciones de la capacidad que ella conlleva constituye un hecho habitualmente temporal y no permanente. Se trata de una fase del desarrollo del individuo que culmina con la adquisición de plena capacidad de obrar. Por el contrario, la discapacidad se caracteriza habitualmente por el adjetivo de ser permanente, aunque ello admite también matices y excepciones. El fundamento del reconocimiento de derechos y libertades al menor y, por tanto, de su

capacidad de tomar decisiones se fundamenta en la necesidad de que madure progresivamente, es decir, que aprenda de las consecuencias de las decisiones adoptadas, de los aciertos y errores, pudiéndose incorporar ya en la mayoría de edad como un sujeto con capacidad no sólo formal sino material para decidir y actuar de acuerdo con sus decisiones. El menor que es excluido de la toma de decisiones difícilmente podrá considerarse preparado para el tránsito que va de la minoría a la mayoría de edad. Así pues, junto al reconocimiento de la dignidad del menor de edad, como fundamento de la atribución de la titularidad y capacidad jurídica de ejercicio de los derechos y libertades, encontramos también un argumento más pragmático, vinculado al aprendizaje progresivo.

Todo ello, aparece expresamente reconocido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, cuando en su Preámbulo señala que “Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia”, suponiendo este nuevo enfoque “el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”, lo que “introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos”. Y concluye el mismo Preámbulo, señalando que “El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”.

De manera distinta, el fundamento del reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad no responde sustancialmente a dicha idea de aprendizaje progresivo ya que en muchas ocasiones no existe dicha progresión, siendo la situación estable. El fundamento es, por tanto, la dignidad, como se encarga de reiterar la citada Convención.

Por otro lado, y aun siendo el fin que persigue dicho cambio de paradigma respecto de las personas con discapacidad totalmente plausible, no debemos olvidar que también conlleva ciertos peligros, porque como reconoce el Preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2013 en su inicio, las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable. El riesgo radica, por tanto, en que bajo el paradigma de la protección de las personas con discapacidad a través del principio de autonomía

puedan producirse abusos o situaciones en las que terceros puedan tomar ventaja de dicho contexto de vulnerabilidad por una menor o, incluso, ausencia de protección. El principio de protección frente a la vulnerabilidad como gran principio informador de los dilemas bioéticos, aparece proclamado en el artículo 8 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Dicho precepto consagra el principio del respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal como un valor bioético de interés universal para los Estados Miembros de la UNESCO. El objetivo específico del artículo 8 es abordar las vulnerabilidades especiales que se producen, y entre otras, como consecuencia de la discapacidad personal, en los contextos de la asistencia sanitaria, la investigación y la aplicación de tecnologías emergentes en las ciencias biomédicas.

La idea de vulnerabilidad sólo recientemente ha comenzado a formar parte de los discursos bioéticos, y ello, pese a que ya aparezca implícitamente mencionada en el Informe Belmont de 1979 en el que se señala que no todo ser humano es capaz de autodeterminación y que el poder de autodeterminación madura a la largo de la vida del individuo, y algunos de estos pierden este poder completamente o en parte, a causa de enfermedad, de disminución mental, o de circunstancias que restringen severamente su libertad. El respeto por los que no han llegado a la madurez y por los incapacitados puede requerir que se les proteja hasta su madurez o mientras dure la incapacidad.

Pese a ser, formalmente, un concepto reciente, la vulnerabilidad ha estado de una u otra manera presente en la Bioética desde sus inicios, sobre todo, si atendemos a cuál es su objetivo, el ser humano y, más concretamente, el ser humano enfermo, donde esa condición de vulnerabilidad es aún más evidente.

Es cierto que la vulnerabilidad no aparece mencionada en la Convención, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con la regulación de los menores de edad, donde sí se cita dicho principio. En la Convención se destaca la “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”. No se incluye mención alguna al principio de protección frente a la vulnerabilidad que tanta trascendencia tiene en relación a los sujetos a los que nos estamos refiriendo.

Dicho lo anterior, entendemos que la Convención sí tiene presente la condición de vulnerabilidad de las personas con discapacidad aunque no utilice expresamente ese término. De ahí que hable -por ejemplo en el trascendental art. 12- de “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”. Lo que la Convención propugna es que las personas con discapacidad tengan capacidad jurídica y autonomía personal, pero con los apoyos necesarios para impedir abusos derivados de su vulnerabilidad. Entre esos apoyos puede estar perfectamente, por ejemplo, la garantía del consentimiento o del asentimiento del prestador de apoyos para la realización de actos jurídicos. Se trata, de acuerdo con la Convención, y superando el insuficiente modelo médico de la discapacidad, de asumir también una perspectiva

social y de derechos y capacidades, configurando la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el propio entorno social. Ante esto, es incompatible con la Convención la adopción de medidas que eliminen la autonomía personal, como la sustitución en la toma de decisiones.

La vulnerabilidad no sólo se predica de determinadas condiciones o contextos en los que se encuentre el ser humano, sino que, en su primer sentido y más general, es una característica esencial de la naturaleza humana. Pese a ello, sí es cierto que la vulnerabilidad aun siendo predicable de todos los seres humanos, incide especialmente en determinados individuos.

La condición humana implica vulnerabilidad. Todo ser humano está expuesto al riesgo permanente de sufrir "heridas" a su integridad física y mental. La vulnerabilidad es una dimensión ineludible de la vida de los individuos y la configuración de las relaciones humanas. Tomar en cuenta la vulnerabilidad humana significa reconocer que todos podemos carecer en algún momento de la capacidad o los medios para protegernos a nosotros mismos, a nuestra salud y a nuestro bienestar. Todos nos enfrentamos a la posibilidad de enfermedades, discapacidad y riesgos ambientales. Al mismo tiempo, vivimos con la posibilidad de que el daño, incluso la muerte, pueda ser causado por otros seres humanos.

Por ello, se distingue habitualmente entre dos modalidades de vulnerabilidad, la denominada esencial o antropológica, la cual expresa la finitud y la fragilidad de todo ser humano, y la vulnerabilidad específica o social que hace referencia a algunos individuos que son más susceptibles de sufrirla.

La primera tiene que ver con la posibilidad de sufrir, con la enfermedad, con el dolor, con la fragilidad, con la limitación, con la finitud y con la muerte. Es la posibilidad de nuestra extinción, biológica o biográfica, lo que nos amenaza y, por tanto, lo que nos hace frágiles. La muerte, la enfermedad y el sufrimiento son las manifestaciones de nuestra radical finitud, de nuestro escaso poder, del valor de ese breve suspiro que es la vida. La muerte propia y la ajena nos hacen conscientes de la pérdida, de la amenaza constante. Y la muerte, el final, el dolor y la pérdida de posibilidades están ínsitas en el ser humano como radical y constitutivo elemento de su vida, pues están siempre presentes (Feito, 2007, p. 9).

La segunda muestra dos dimensiones, la externa, como exposición a determinados riesgos, y la interna, como imposibilidad o dificultad de enfrentarse a ellos. El sujeto es vulnerable en la medida en que no solo se ve expuesto a determinados riesgos, sino que, en atención a su condición, contexto o circunstancias, no dispone de medios para enfrentarse a ellos sin sufrir un daño. La vulnerabilidad supone exposición al riesgo y falta de capacidad para superarlo o para evitar los daños que aquellos conllevan. El matiz en esta clase de vulnerabilidad social es que el riesgo de exposición y de capacidad para superarlo no es el propio de la condición

humana, sino que se muestra especialmente relevante en relación a un individuo o grupo de individuos.

El riesgo de enfermar es predicable de todos los seres humanos, pero en aquellos que disponen de menos recursos económicos, las posibilidades de superar dicho riesgo con éxito son muy inferiores. Lo mismo sucede frente a otros riesgos como pueden ser aquellos en los que la solidaridad exige un especial sacrificio de determinados valores esenciales, como la integridad física o moral, tal y como ocurre en el ámbito de la donación de órganos humanos o de la participación como sujeto en la investigación, por destacar dos de los más relevantes desde una perspectiva bioética. En estos dos ámbitos concretos, la exposición al riesgo puede presumirse de cualquier sujeto, sea discapacitado o no, pero los recursos para superar un daño no realmente consentido pueden ser muy inferiores en estos últimos. La vulnerabilidad social da cuenta, por tanto, de la desventaja que frente a un riesgo general o específico presenta un individuo o grupo de individuos por sus características o circunstancias.

Por ello, considerar la vulnerabilidad como un rasgo constitutivo de lo humano, no significa obviar la mayor vulnerabilidad que tienen determinados grupos sociales, que les sitúa en un contexto de mayor fragilidad e indefensión.

Como apunta el Comité Internacional de Bioética (IBC) de la UNESCO en su Informe sobre el principio de protección de la vulnerabilidad de 2013, el artículo 8 no exige que protejamos la vulnerabilidad como tal, sino a individuos, familias y grupos vulnerables en el contexto en el que viven. Si bien algunos grupos de personas siempre se pueden considerar vulnerables debido a su estado, otros pueden ser vulnerables en una situación, pero no en otra. Por lo tanto, la vulnerabilidad no puede considerarse como un concepto único. El principio de respeto enunciado en el artículo 8 implica el compromiso de identificar las amenazas al bienestar y los medios apropiados para fomentar que los principios establecidos en el artículo 3 sean respetados: la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por lo tanto, los intentos de definir vulnerabilidad en general conllevan el arriesgo de dibujar el concepto de manera demasiado amplia o demasiado estrecha, desencadenando disputas en lugar de resolverlas. En la mayoría de los casos, sin embargo, es relativamente fácil reconocer la vulnerabilidad cuando surge.

Entre los grupos en los que se puede apreciar la vulnerabilidad, destacan dos categorías fundamentales que son relevantes para estas responsabilidades y obligaciones especiales:

- a) discapacidades, enfermedades y limitaciones especiales (temporales o permanentes) impuestas por las etapas de la vida humana;
- b) determinantes sociales, políticos y ambientales: por ejemplo, cultura, economía, relaciones de poder, desastres naturales.

Ya en nuestro anterior Informe sobre la maternidad subrogada este Comité de Bioética de España señalaba que la Ética y el Derecho han considerado que aquellas

decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o, principalmente, una afectación de su integridad física y que son retribuidas no son libres sino adoptadas en un contexto de vulnerabilidad, de manera que eliminado el contexto el sujeto no adoptaría la misma decisión. Por ello, tales decisiones que afectan a esferas muy directamente vinculadas con la dignidad humana se someten a la exigencia de gratuidad, como garantía de la libertad. Si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente. La exigencia de gratuidad en el sacrificio sería, pues, una garantía de protección de la vulnerabilidad, siendo la donación de órganos entre vivos un ejemplo paradigmático de ello.

Igualmente, nos hemos referido a la vulnerabilidad en nuestro Informe sobre la financiación pública del medicamento profilaxis pre-exposición (PrEP) en la prevención del VIH, en el que manifestamos que en la adopción de decisiones sobre financiación pública de medicamentos y tratamientos es preciso atender no solo a razones puramente económicas, sino también al contexto humano al que afecta la decisión, sobre todo, cuando se trata de grupos sociales especialmente vulnerables. Y añadíamos que priorizar a los colectivos más vulnerables se muestra *prima facie* como un criterio adecuado, de manera que nuestro sistema sanitario incorpora un modelo mixto que, partiendo del utilitarismo, completa esta visión con el principio de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad. Y también recurrimos al mismo principio en el Informe sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario, señalando que la persona que precisa una contención presenta una gran vulnerabilidad y un elevado nivel de dependencia, motivo por el que requerirá una atención integral y una supervisión mucho más frecuente que una persona que no necesita contención, por parte de los profesionales sanitarios. Las contenciones conllevan una serie de riesgos, como hemos visto con cierta morbilidad y mortalidad, que a fin de ser minimizados deben realizarse de manera adecuada con unas pautas establecidas en un protocolo.

Así, pues, desde una perspectiva bioética, puede afirmarse que algunas personas necesitan protección extensiva, hasta tal punto, que es necesario excluirles del ejercicio de actividades que pueden serles perjudiciales; otras personas necesitarán protección en menor grado, no más allá de asegurarse de que pueden ejercer actividades con libertad y de que pueden darse cuenta de sus posibles consecuencias adversas. El grado de protección que se les ofrece debería depender del riesgo que corren de sufrir daño y de la probabilidad de obtener un beneficio. El juicio con el que se decide si un individuo carece de autonomía debería ser reevaluado periódicamente y variará según la diversidad de las situaciones.

La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sostiene que “la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana y para recuperarse de los mismos” (www.ifrc.org.es). Se trata de una mirada que intenta abarcar tanto el

punto de vista individual como el social; indica una variante más amplia de causas (naturales o humanas) generadoras.

La vulnerabilidad es una característica de lo humano que parece evidente desde una perspectiva antropológica, pero que la tradición cultural más cercana a la defensa del individualismo, la autonomía y la independencia, se ha encargado de dejar en un segundo plano o, incluso, de relegar por considerarla de rango inferior (Feito, 2007, p. 8).

Sin embargo, sin dejar de ser todo lo anterior cierto, bajo el principio de protección de la vulnerabilidad se encierra también el peligro de que, bajo el pretexto de aquél, se vea socavada la autonomía del individuo. La extensión de dicho principio puede acabar por desestimar o invalidar cualquier otra capacidad de la persona humana y deducir que todo vulnerable/vulnerado es imputado como incapaz de tomar decisiones.

Se trataría en definitiva de buscar un equilibrio entre los riesgos que supone dotar de plena autonomía a la persona que se encuentra en una situación de discapacidad y que, al amparo de la misma, se muestra como vulnerable y evitar que bajo dicho principio se mantenga una posición injustificada de exclusión social. Y este equilibrio creemos que debe ser el que ha de guiar en la implementación de la Convención, evitando que una extensión irracional de la autonomía permita exponer a aquellos que precisan de una protección frente a decisiones o en contextos concretos, muy habituales, por cierto en el campo en el que precisamente opera la bioética. Habrá que rechazar tanto una posición extremadamente proteccionista que menoscabe sin justificación los derechos y libertades de la persona con discapacidad, como una postura excesivamente maximalista de la autonomía que acabe por abandonar, bajo la falsa excusa del libre desarrollo de la personalidad, a quien carece de los recursos necesarios para salvar la materialización involuntaria del riesgo en daño. En este último caso, habrá que adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Entendemos que ese es el espíritu que alienta en la Convención y desde el que los Estados deben reformar las leyes que afectan a las personas con discapacidad, en los casos en que sea necesario.

Por otro lado, bajo la excusa de la vulnerabilidad se encierra un segundo peligro que es obviar la diversidad que caracteriza a las personas con discapacidad, creándose fácilmente estereotipos en los que se incluirían a todos ellos, sin hacer distinción entre los que conforman el grupo que se presume vulnerable. Como la Convención reconoce, al hablar de discapacidad hay que evitar el riesgo de incluir a todas las personas en una misma categoría (“la diversidad de las personas con discapacidad”). La discapacidad muestra diferencias notables que han de ser atendidas a la hora de conformar el reconocimiento del ejercicio pleno o menos pleno de los derechos y libertades. En todo caso, el abuso del estereotipo puede operar en un doble sentido, tanto excluyendo o limitando la capacidad de obrar de todos los

sujetos con discapacidad como otorgándosela plenamente a todos, cuando existan diferencias que exijan un trato diferenciado. Es tan erróneo considerar como sujetos de gran vulnerabilidad a todas las personas con discapacidad y, por tanto, limitar su autonomía, como, por el contrario, negarles a todos ellos el rasgo de vulnerabilidad, no otorgando a alguno de ellos la necesaria protección.

En definitiva, desde una perspectiva bioética, entendemos que la implementación de la Convención debe evitar tanto incurrir en maximalismos que provoquen una extensión irracional e injustificada de la autonomía que exponga al riesgo a algunas personas con discapacidad, buscando, por tanto, el equilibrio entre la plena autonomía y la vulnerabilidad, como crear estereotipos que oculten el hecho de que la discapacidad es muy diversa y que el pleno reconocimiento de autonomía no puede operar del mismo modo para todos ellos.

2. DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO.

Se trata de una materia que no guarda relación directa con el artículo 12 de la CDPD Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino más bien con el artículo 29, que obliga a los Estados partes a asegurar “el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas” (artículo 29, letra a). Por tanto, la posibilidad de privación judicial del derecho de sufragio a las personas con discapacidad (en una sentencia judicial de incapacitación o en una resolución judicial de internamiento en Centro psiquiátrico) que hoy contempla el artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) puede ser interpretada como una vulneración de la CDPD, por lo que se plantea la posibilidad de que este precepto fuera derogado. Y no cabe interpretar que la medida contemplada por el artículo 3 LOREG es compatible con la CDPD en tanto que no afecta a la titularidad del derecho de sufragio sino meramente a su ejercicio, pues, al hablar del derecho “y la posibilidad”, la CDPD está afirmando que las personas con discapacidad no solo tienen que ver reconocido su derecho al voto, sino que han de tener la posibilidad efectiva de ejercerlo, lo que excluye que puedan ser privadas de él, y *a fortiori* exige la adopción de medidas activas que permitan garantizarlo en la práctica (tales como, por ejemplo, la accesibilidad física de los locales electorales o la impresión de las papeletas de voto en braille). La justificación en la que habitualmente descansa esta restricción del derecho de sufragio –la carencia por las personas con discapacidad intelectual de un nivel mínimo de conocimientos para votar, lo que legitima que los Tribunales les hagan un examen sobre tales conocimientos para determinar si procede aplicar la incapacitación para el derecho de sufragio que permite el precepto– resulta inadmisibles, pues podría constituir una discriminación por razón de discapacidad el que estos conocimientos sólo se evalúen a las personas con discapacidad intelectual y no a las demás. Pero es que, además, como dice el último informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad del CERMI ese “examen, que

debería orientarse a proteger y determinar las medidas de apoyo termina por suprimir derechos personalísimos, como el derecho al voto, de forma tal que la protección termina por ser vulneración, siendo ésta una relación imposible, pues no puede protegerse lo que se vulnera”⁴.

Pero sobre todo debe subrayarse que, en una sociedad democrática, el derecho a participar en las decisiones colectivas –principalmente a través del voto- no está ligado a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para participar en las decisiones sobre el bien de las personas, y esa es en último término la naturaleza de las decisiones políticas.

Que el artículo 3 LOREG constituye una vulneración de la CDPD fue subrayado con toda claridad, por lo demás, por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, en su primer Informe de Observaciones Finales a España sobre el cumplimiento de la CDPD, de 23 de septiembre de 2011: “Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción (...). El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto. El Comité 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 Nº 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”.

En base a los argumentos apuntados algunos expertos en los derechos de las personas con discapacidad proponen reformar la LOREG limitando la posibilidad de restricción del derecho de sufragio a casos muy excepcionales en los que resulte clara la ausencia total de discernimiento. Otros autores entienden, sin embargo, que si la reforma no elimina toda restricción en el ejercicio de ese derecho a las personas con discapacidad continuaría constituyendo una vulneración de la CDPD.

Por otra parte, y retomando el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal ante el TC, en relación con la STS 181/2016, que desestimaba el recurso para la reposición del derecho al voto a una persona con discapacidad, en él se citan datos de la Junta Electoral Central por los que casi cien mil personas no pudieron participar en las elecciones del 26 de junio de 2016 por razón de su discapacidad. Es

⁴ CERMI, *Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2016*, 16 de marzo de 2017, p. 145.

interesante apuntar que en el Auto por el que el TC desestima el recurso de súplica se considera que no se introduce discriminación por razón de discapacidad, e insiste en que el precepto en cuestión no priva del derecho a voto los discapacitados como grupo o colectivo, y por razón de cualquier discapacidad, sino que atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción del ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en razón a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen si se concluye que se proyecta sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Es decir, en este Auto el TC concluye que la restricción únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.1 CE. Además, considera el TC que la naturaleza de las medidas contempladas en los apartados i) a iii) del art. 29 a) de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad corrobora lo afirmado en el Auto, apreciando que su finalidad es la de garantizar el efectivo ejercicio del voto que sea fiel reflejo de la libre voluntad de la persona con discapacidad y no, por el contrario, la mera introducción de la papeleta electoral en la urna. Aunque también es de gran interés apuntar que en el Auto por el que el TC desestima el recurso de súplica se incluye un voto particular de un miembro del Tribunal que coincide con lo señalado por la Fiscalía y destaca la trascendencia del asunto por afectar a un importante colectivo en situación de especial vulnerabilidad por razón de su discapacidad, que se ve privado de la posibilidad de ejercer un derecho fundamental y concluye que la admisión del amparo hubiera permitido determinar si la lesión que se aduce tiene su origen en la propia Ley o en la aplicación e interpretación jurisprudencial que se hace de la misma.

Para decidir sobre esta dualidad de posiciones no está de más recordar un principio general de política legislativa, que resulta especialmente de aplicación en relación con las materias sobre las que versa el presente informe, y que aboga por evitar la aprobación de normas legales para casos-límite, porque tienden de manera inevitable a ser objeto de una interpretación extensiva.

Es cierto que si, para evitar el riesgo de esa peligrosa interpretación extensiva, nos inclináramos por eliminar toda restricción en el ejercicio del derecho de sufragio se nos podría plantear el problema de qué hacer en los casos en que exista una ausencia total de discernimiento por parte de la persona con discapacidad, que le impida comunicar su voluntad de cualquier modo. A nuestro parecer ese problema es más teórico que real: en primer lugar, porque tales personas en la práctica no irán a votar; y, en segundo lugar, porque la legislación electoral atribuye al Presidente de la Mesa Electoral plena autoridad “para garantizar la libertad de los electores” (artículo 91.1 LOREG), con lo que se previene el peligro de que la persona en cuestión pueda ser manipulada. En todo caso, parece que es menor el daño que se hace al sistema democrático si se emite algún sufragio que no sea plenamente libre, que si se impide

votar a electores que deberían estar facultados para hacerlo (Martínez Pujalte, 2016-a, pp. 98-99).

Estas consideraciones sirven tanto para el derecho de sufragio activo como pasivo, pues el artículo 29 de la CDPD exige garantizar “el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas” (artículo 29, letra a). Por lo demás, en nuestro sistema constitucional hay que tener en cuenta que, aunque el derecho de sufragio pasivo es de configuración legal, el Tribunal Constitucional ha señalado que no cualesquiera requisitos legales pueden entenderse admisibles, sino solo aquellos que no lesionen el principio de igualdad, sean congruentes con la naturaleza constitucional de los cargos públicos representativos y aseguren al máximo la efectividad del derecho fundamental (STC 24/1990, FJ 2). Por ello, una causa de inelegibilidad basada únicamente en la discapacidad sería inadmisibles por tratarse de un motivo de discriminación prohibido. Más aún, una democracia inclusiva deberá tener como objetivo relevante lograr que las instituciones representativas se conformen de modo que reflejen adecuadamente la pluralidad social.

Finalmente hay que destacar al respecto dos recientes intervenciones relevantes del Defensor del Pueblo. La primera dio lugar a la Instrucción 3/2016, de 14 de septiembre, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, sobre excusas para no formar parte de una mesa electoral de las personas con discapacidad, y la segunda, sobre su derecho al voto, formulada en el sentido de reforzar su derecho al voto, de modo que sólo en supuestos muy excepcionales se impida. Se trata, en ambos casos, de un respaldo al colectivo de personas con discapacidad, en la línea de defender eficazmente sus derechos electorales, en un caso en sentido positivo, con la posibilidad de votar si lo desea, y en el otro caso en sentido negativo, mediante el derecho de no formar parte de una mesa electoral si no lo desean.

3. INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO.

El internamiento forzoso por razones de trastorno psíquico contemplado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) puede también considerarse otra vulneración de la CDPD, concretamente de lo dispuesto en el artículo 14. En efecto, el artículo 14.1 obliga a los Estados a asegurar que “las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, disfruten del derecho a la libertad” (apartado a) y que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” (apartado b). Asimismo, el artículo 25, en su letra d), requiere que la atención sanitaria a las personas con discapacidad se preste “sobre la base de un consentimiento libre e informado”. Que el internamiento forzoso regulado por el artículo 763 LEC constituya una medida de privación de la libertad personal lo

confirmó de forma expresa el Tribunal Constitucional, que por esta razón exigió que su regulación se llevara a cabo por Ley Orgánica (STC 132/2010, FJ 2º). Que el motivo de esa privación de libertad es la existencia de una discapacidad resulta también obvio, pues los únicos requisitos que se exigen en el citado precepto para proceder a ella son: la existencia de un “trastorno psíquico”, expresión que se interpreta en la práctica en un sentido muy amplio, “abarcando un gran espectro de discapacidades mentales e intelectuales” (Cuenca Gómez, 2015, p. 154); y que la persona no se encuentre en condiciones de decidir el internamiento por sí misma. Por lo tanto, nos encontramos ante una medida que se encuadra claramente en el ámbito de la prohibición contenida en el artículo 14.1 b) de la CDPD, que “no prohíbe al Estado la posibilidad de ingresar involuntariamente a personas para tratamientos médicos, pero sí prohíbe que dichas medidas se apliquen por ‘motivo de discapacidad’, es decir, exclusivamente respecto de personas con discapacidad” (Bariffi, 2014, p. 324). Por ello, esta vulneración también fue denunciada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en el ya citado Informe de Observaciones Finales a España, que señala: “El Comité toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial («enfermedad mental»), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas (...). El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”.

Así pues, para resolver esta otra fricción entre la CDPD y la legislación española, debería procederse a la derogación del artículo 763 LEC, remitiendo el tratamiento de esta situación a la legislación sanitaria general. En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente (LBAP) -que establece como regla general la exigencia de consentimiento del paciente para cualquier actuación en el ámbito de su salud (artículo 8.1)- prevé la posibilidad de que se lleven a cabo intervenciones clínicas indispensables sin contar con el consentimiento del afectado “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (artículo 9.2 b); y prevé, asimismo, la posibilidad del consentimiento por representación “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” (artículo 9.3.b). No obstante, en relación con el consentimiento por representación los apartados 4 y 5 del precepto añaden que “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” y que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender... El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos⁵ de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

A la luz de esta normativa resulta claro, pues, que caben intervenciones clínicas no consentidas por el afectado, que pueden incluir el internamiento, bien porque sean indispensables para evitar un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, bien porque el paciente no sea en ese momento capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y el consentimiento sea entonces prestado por representación (por su representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho). Esta misma disciplina debería aplicarse también a las situaciones de salud mental.

Ahora bien, si se deroga el artículo 763 LEC, para evitar que esta modificación legal suponga una pérdida de garantías, debería a la vez reformarse el artículo 9 LBAP (que deberá tener rango de Ley Orgánica) para incorporar las garantías que hoy reviste la medida de internamiento no voluntario: concretamente la exigencia de autorización judicial, al menos para los internamientos que superen un determinado plazo, o que no tengan como finalidad la simple realización de una intervención o tratamiento puntual y temporalmente acotado (Martínez-Pujalte, 2016-B, pp. 167-176)⁶. Otra posibilidad sería la de incorporar a la LEC un nuevo procedimiento para la

⁵ La CDPD entiende por diseño para todos o diseño universal “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten” (art. 2).

⁶ Se reproduce el art. 763 LEC, que contiene el tipo de garantías que deberían aplicarse en los procesos de internamiento no voluntario: “1. *El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté 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.

autorización judicial de cualquier internamiento no voluntario por razones de salud, propia o de terceros, que abarcaría otros supuestos como, por ejemplo, el internamiento obligatorio de pacientes con enfermedades infecto-contagiosas cuando exista peligro para la salud pública (Barrios Flores, 2012, pp. 55-56).

4. CAPACIDAD JURIDICA.

El problema de la capacidad jurídica y de las instituciones de guarda legal (tutela y curatela) para las personas con discapacidad reviste una especial complejidad después de la aprobación de la CDPD. Conviene recordar que el art. 12 CDPD fue probablemente el que más controversia generó en su elaboración porque supone obligar a los Estados a reconocer que “las personas con discapacidad tienen

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”.

Los fragmentos señalados en cursiva fueron declarados inconstitucionales por el TC en STC 132/2010, FJ 2º pero

capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.1), y afirmar que “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” (art. 12.2), la CDPD desautoriza todas aquellas regulaciones legislativas, como la española, que permiten privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica (expresión que, en la CDPD, ha de entenderse como comprensiva de la “capacidad de obrar” –como se desprende claramente de la alusión al “ejercicio de la capacidad”-, esto es, no se refiere tan sólo a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino que incluye la capacidad de realizar actos jurídicos o la capacidad para el ejercicio de los derechos⁷), y que establecen un sistema de representación legal que implica la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Como se ha dicho, “la Convención requiere pasar de un enfoque que contemplaba principalmente las causas que permitían la privación o limitación de la capacidad jurídica a otro que se centre en los medios para lograr el máximo ejercicio posible de la capacidad jurídica. Obliga al legislador a reconocer que todas las personas con discapacidad tienen capacidad para realizar actos jurídicos de cualquier naturaleza, y a arbitrar los medios necesarios para que cuenten con el apoyo que precisan en la adopción de sus propias decisiones y en la realización de esos actos, siempre con el objetivo de garantizar que se respeten plenamente sus preferencias. Naturalmente, esto significa, de entrada, suprimir de raíz las instituciones de la incapacitación, la tutela y la curatela (así como la posibilidad de prórroga de la patria potestad); y establecer una institución, radicalmente nueva, a la que podría denominarse, como se ha sugerido, “provisión de apoyos para la toma de decisiones por las personas con discapacidad”” (Martínez-Pujalte, 2016, pp. 163-164).

Se hace precisa pues una profunda reforma del Código civil español en esta materia, inspirada en los tres principios básicos que, según el art. 12 de la CDPD, han de inspirar la regulación legal de la capacidad jurídica:

1) Los ordenamientos jurídicos han de reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos (lo que en Derecho español se denomina “capacidad de obrar”), excluyéndose todas aquellas figuras – como la tutela del Derecho español- que supongan la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Como se ha señalado, “el modelo de

⁷ “12. En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general nº 1*, 2014, n. 12.

sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción” (Cuenca, 2012, p. 212).

2) Los ordenamientos jurídicos han de instituir los mecanismos de apoyo que puedan resultar precisos para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica. Estos mecanismos parten siempre del respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad y tienen como fin facilitar el proceso de adopción y expresión de sus decisiones. Tales mecanismos deberán ser suficientemente amplios y flexibles para adaptarse a la situación, circunstancias y necesidades de cada persona. Pueden existir, con todo, situaciones en las que no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona, ni esta sea capaz de hecho de prestar su consentimiento, y sea preciso sin embargo adoptar una decisión o concluir un acto jurídico. En tales casos extremos, el apoyo consistirá en realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, basada por ejemplo en su historia de vida, en sus deseos y preferencias anteriores, o en su expresión de confianza a determinadas personas, lo que podrá llevar en la práctica a otorgar un consentimiento por representación para determinados actos jurídicos, que, no obstante, se distancia netamente de la sustitución en la toma de decisiones prohibida por el artículo 12 de la CDPD.

3) Finalmente, los ordenamientos jurídicos han de establecer las oportunas salvaguardas –que habrán de ser más intensas en la medida en que lo sean los apoyos- para garantizar que los mecanismos de apoyo respeten efectivamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada y para evitar cualquier abuso, entre las que se incluye su revisión periódica por la autoridad judicial.

Dentro del marco de estos principios básicos, existe un amplio margen de acción para diseñar de uno u otro modo el régimen de la capacidad jurídica y de los mecanismos de apoyo. Algún autor ha propuesto la creación de una única figura jurídica –a la que cabría denominar “provisión de apoyos en la toma de decisiones” (Pérez Bueno, 2016, p. 179) o, si se prefiere una denominación más propia de nuestra tradición jurídica, se podría conservar la denominación tradicional de “curatela”-, que sería modulable en atención a las circunstancias de cada persona (Martínez-Pujalte, 2016, pp. 163-164). Ahora bien, no se trata, por supuesto, de suprimir la tutela (que podrá mantenerse, eso sí, para los menores de edad) y mantener la regulación de la curatela. Lo que el artículo 12 exige es una revisión en profundidad del régimen actual. Y, concretamente, para que la regulación de esa nueva figura sea acorde a la CDPD, es preciso tener en cuenta algunos aspectos básicos, que como podrá verse se distancian netamente de la regulación actualmente vigente:

- Ha de desaparecer por completo cualquier referencia a todo tipo de privación o restricción de la capacidad de obrar, suprimiéndose por tanto la declaración judicial de incapacidad. A las personas con discapacidad no se les debe restringir la capacidad de obrar, sino, por el contrario, prestarles los debidos apoyos para que puedan ejercerla.

- Debe tenerse presente que el apoyo a la toma de decisiones no guarda relación únicamente con las condiciones de validez de los actos jurídicos, y por tanto no se limita a resolver el problema de si éstos deben ser realizados con la intervención de una persona que complemente la capacidad (como sucede hoy en la curatela) o que sustituya al titular del derecho (como sucede en la tutela). La función principal del prestador de apoyos no se produce en relación con la prestación del consentimiento para la realización de actos jurídicos, sino con carácter previo, en el proceso de formación de la voluntad: el apoyo está orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisión, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En este sentido, resulta muy acertada la descripción del apoyo en la toma de decisiones que aparece en el artículo 14.1 de la reciente Ley irlandesa sobre la materia, que señala que la persona de apoyo debe: a) ayudar a la persona apoyada a obtener la información relevante; b) aconsejarle, explicándole la información relevante y las circunstancias que afectan a la decisión; c) verificar la voluntad y las preferencias de la persona apoyada sobre la materia objeto de la decisión y ayudarle a comunicarlas; d) ayudarle a adoptar y expresar la decisión; y e) esforzarse por asegurar que la decisión de la persona apoyada sea llevada a la práctica (Martínez-Pujalte, 2017, pp. 167-192).

- Las concretas funciones del prestador de apoyos deberían ser moduladas en atención a las circunstancias de la persona, y esa modulación podría incluir en algunos casos la exigencia de consentimiento del prestador de apoyos para la validez de los actos jurídicos, o incluso, en los casos extremos en que la persona esté imposibilitada de manifestar su voluntad de cualquier modo y sea necesario concluir un acto jurídico, la posibilidad de que el mismo sea válido con la sola expresión de voluntad del prestador de apoyo. Ahora bien, es decisivo que se consagren dos principios generales: a) que las medidas que se adopten deberán procurar siempre que la afectación de la autonomía personal sea la mínima posible; b) que las personas que desarrollen las funciones de apoyo deberán respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, y, cuando la persona apoyada esté imposibilitada de comunicar su voluntad, deberán actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias. En suma, el criterio rector de las instituciones de apoyo ya no puede ser “el interés superior del incapaz”, como se ha mantenido hasta ahora y aparece con frecuencia en las resoluciones judiciales sobre la materia, sino el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad (que incluyen, por supuesto, como expresamente ha indicado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, el derecho a equivocarse⁸).

⁸ “21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y

- Finalmente, y como ya se ha señalado, la legislación en materia de capacidad jurídica debe establecer, tal y como exige el artículo 12.4 de la CDPD, las salvaguardas necesarias para evitar los abusos y conflictos de intereses y preservar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona para la que se establecen medidas de apoyo. Entre estas salvaguardas habrían de figurar, por ejemplo:

a) La declaración de inidoneidad de determinadas personas para el ejercicio de las funciones de apoyo.

b) La exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos jurídicos.

c) Resultan especialmente importantes, en particular, las garantías que ha de revestir el procedimiento judicial para la determinación de apoyos: ha de asegurarse la plena participación de la persona afectada en los procedimientos, con asistencia letrada, con las medidas necesarias para garantizar la accesibilidad, con los apoyos y ajustes razonables⁹ que precise, y proporcionándole la información en formatos que permitan su comprensión. Asimismo, para cualquier decisión relativa a la capacidad jurídica el juez deberá contar con una evaluación interdisciplinar (no sólo médica, sino también de un psicólogo y un trabajador social al menos) de la capacidad de la persona.

d) Las medidas que se acuerden para la provisión de apoyos han de ser objeto de revisión periódica por la autoridad judicial.

Sería también oportuno promover la emisión anticipada de voluntades o historias de valores que permitan adoptar la decisión de conformidad con la voluntad de la persona con discapacidad, en aquellos casos en los que ésta haya sobrevenido a partir de una previa situación de plena capacidad. A este respecto, la figura de la autotutela regulada en nuestro sistema jurídico en 2003 se muestra como una garantía de respeto de la voluntad de la persona que, habiendo dispuesto de plena

las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

22. Aunque todas las personas pueden ser objeto de "influencia indebida", este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores"; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, 2014, nn. 21-22.

⁹ La CDPD entiende por ajustes razonables "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (art. 2).

capacidad previamente, incurre en una situación o enfermedad que le limita aquélla. Con el término autotutela la doctrina española ha venido designando la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación. (BADOSA COLL, F., 1993, p. 903). La figura es introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, por la que se reforma el tenor de los artículos 223 y 224 del Código Civil. En virtud de la autotutela una persona mayor de edad puede designar, a través de documento notarial, las preferencias para el nombramiento del futuro tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre su persona o bienes. Añade el mismo precepto que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

5. ESTERILIZACION FORZOSA.

En materia de esterilización forzosa se ha producido una importante modificación legislativa con la reforma del Código Penal (CP), llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En efecto, la reforma de 2015 ha restringido de forma notable la posible aplicación de la esterilización no consentida: hoy solo es posible practicar la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo “en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil” (artículo 156, segundo párrafo). El presupuesto para la licitud de la esterilización no consentida ya no es la existencia de una discapacidad psíquica, ni de una declaración judicial de incapacidad, sino la imposibilidad fáctica de prestar el consentimiento. Habrá que entender, por tanto, que ninguna persona con discapacidad intelectual a la que se le pueda explicar en términos elementales la finalidad de la intervención (esto es, que si se realiza la esterilización no podrá tener hijos) y pueda manifestar si quiere que ello suceda o no, podrá ser esterilizada sin su consentimiento.

Se exige, además, para que se pueda practicar la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo, que la carencia de la aptitud para prestarlo sea permanente. Por tanto, si una persona tiene aptitud para prestar el consentimiento, podrá otorgarlo para ser esterilizada; si carece de esa aptitud, pero no puede estimarse que la carencia vaya a ser permanente, no podrá otorgar el consentimiento, pero tampoco podrá ser esterilizada forzosamente; y, solo en el caso en que carezca

de esa aptitud de modo permanente, podrá ser esterilizada sin su consentimiento. Ello implica, en definitiva, que, en la mayor parte de los casos en que hasta ahora se practicaba la esterilización –en especial, personas, sobre todo mujeres, con síndrome de Down- no podría haber sido aplicada esta medida conforme a la nueva regulación legal.

A pesar de la mejora respecto de la normativa anterior, el segundo párrafo del artículo 156 CP constituye una clara vulneración de la CDPD, por lo que debería plantearse su supresión. Concretamente, la vulneración se produce respecto del artículo 23.1.c), que obliga a los poderes públicos a asegurar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”. Asimismo, la esterilización forzosa constituye una discriminación por razón de discapacidad. En efecto, aunque hoy el precepto legal no alude a la discapacidad como circunstancia habilitante de la aplicación de la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo, sino a una carencia fáctica, absoluta y permanente, de la aptitud para prestar el consentimiento, resulta obvio que la base de esa carencia será un déficit cognitivo o una enfermedad mental generadores de discapacidad. Por tanto, el artículo 156 CP consagra una diferencia de trato por razón de discapacidad, en la medida en que permite que se aplique una esterilización sin contar con su consentimiento exclusivamente a personas con discapacidad y no a otras. Normalmente, esta diferencia de trato se intenta justificar en la necesidad de evitar que las personas con discapacidad puedan tener hijos respecto de los cuales les resulte imposible cumplir con los deberes de asistencia paternos (que nuestra Constitución contempla en el artículo 39.3). Pero la medida no resulta proporcionada respecto de esa finalidad, al menos por cuanto existen otros cauces menos gravosos para alcanzar el mismo objetivo. Por todo ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su Informe de Observaciones Finales a España, instó a España a que “suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente” (n. 38), requerimiento al que por supuesto no da respuesta la reforma del Código penal de 2015, pues, aun cuando la sujeta a condiciones notablemente más estrictas, mantiene la posibilidad de la esterilización sin el consentimiento del sujeto pasivo. Por ello, en su último Informe sobre Derechos Humanos y discapacidad, CERMI sostiene que “esta reforma si bien es restrictiva es insuficiente y no cumple la recomendación del Comité en sus observaciones finales a España en las que le instaba a la supresión de tratamiento médico sin su consentimiento. En todo caso, esta obligación requiere de una adaptación del artículo 12 de la Convención relativo a la capacidad jurídica de forma que se den los apoyos necesarios con las salvaguardas adecuadas”¹⁰

¹⁰ CERMI, *Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2016*, cit., p. 143.

En todo caso, tras la reforma del CP de 2015 la esterilización forzada es una medida que ya solo podrá aplicarse en supuestos excepcionalísimos: a personas que carezcan de forma absoluta y permanente de aptitud para prestar el consentimiento a la esterilización por no poder entender la finalidad de la intervención, que carezcan también de la aptitud para ser padres o madres aun con los debidos apoyos, y que a pesar de estas circunstancias sea probable que entablarán relaciones sexuales. Regular expresamente un tratamiento de utilización tan excepcional, que en muchos casos no sería en absoluto punible incluso sin tal regulación –por ejemplo, si la esterilización resulta necesaria para la preservación de la salud física o psíquica no constituiría el delito previsto por el artículo 149 CP por ausencia de tipicidad-, no parece tener sentido y, sin embargo, comporta el evidente riesgo de su extensión a casos distintos de los previstos expresamente por la norma, y de relajación en la práctica de los requisitos exigidos para su aplicación.

6. CONCLUSIONES.

1. El principio de protección frente a la vulnerabilidad y la CDPD. El fundamento del reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad no responde sustancialmente a la idea de aprendizaje progresivo, como ocurre, por ejemplo, con los menores de edad, ya que en muchas ocasiones no existe dicha progresión, siendo la situación estable. El fundamento es, por tanto, la dignidad humana, como se encarga de reiterar la Convención. Ahora bien, el cambio de paradigma que supone el reconocimiento de la capacidad de obrar a las personas con discapacidad no puede soslayar el hecho de que las personas con discapacidad pueden ser vulnerables, y debe evitarse cuidadosamente el riesgo de que puedan producirse abusos o situaciones en las que terceros puedan tomar ventaja de dicho contexto de vulnerabilidad por una menor protección. En definitiva, el principio de protección frente a la vulnerabilidad, que constituye un principio básico en el acercamiento del Derecho a los problemas bioéticos, ha de servir también como guía en la implementación de la CDPD; eso sí, evitando incurrir en el abuso de estereotipos y reconociendo la diversidad que caracteriza a las personas con discapacidad. En efecto, aunque este principio no aparece explícitamente recogido en la Convención, no cabe duda de que ésta presta atención a la mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad, como se refleja en distintos preceptos, en especial en el artículo 12 en el que se afirma que “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”.

2. El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. En relación con el derecho de sufragio, resulta evidente que la actual redacción del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, constituye una

patente vulneración de la CDPD. A propósito de esta cuestión, el Comité entiende que tal precepto debe ser sencillamente derogado, eliminándose la posibilidad de restringir el derecho de sufragio. Ciertamente, pueden existir situaciones en las que una persona presente una ausencia total de discernimiento y sea incapaz de comunicar de cualquier modo su voluntad, pero resulta muy improbable que tales situaciones lleguen a plantear algún problema. Por tanto, no parece necesario que casos tan excepcionales sean objeto de una regulación general por la ley, que resultaría contraproducente. La práctica demuestra que, cuando las leyes regulan supuestos excepcionalísimos, estos tienden a ser objeto de una interpretación extensiva, lo que en este caso resulta particularmente peligroso, pues sin duda alguna es mayor el daño que se hace al sistema democrático y a los derechos fundamentales si se impide votar a electores que deberían estar facultados para hacerlo que si se emite algún sufragio que no sea plenamente libre. Sin perjuicio de todo ello, si esta propuesta no fuera acogida por el legislador, la privación del derecho de sufragio activo debería acordarse con carácter excepcional. Además, tratándose de una cuestión especialmente compleja al por poder tener incidencia sobre el principio de democracia representativa y, por tanto, sobre el propio sistema de elección de los representantes, sería conveniente que, en el caso de admitirse la propuesta de derogación de la privación del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad, tal decisión normativa quede indispensablemente sujeta a un procedimiento de evaluación ex post de sus efectos.

3. Sobre el internamiento forzoso de las personas con discapacidad. La medida de internamiento forzoso por razones de trastorno psíquico prevista por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) constituye también una vulneración de la CDPD, concretamente de lo dispuesto en el artículo 14, que obliga a los Estados a asegurar que “las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, disfruten del derecho a la libertad” (apartado a) y que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” (apartado b). Para resolver esta fricción entre la CDPD y la legislación española, debería procederse a la derogación del artículo 763 LEC, remitiendo el tratamiento de esta situación a la legislación sanitaria general. Concretamente, a la luz de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, resulta claro que caben intervenciones clínicas no consentidas por el afectado, que pueden incluir el internamiento, bien porque sean indispensables para evitar un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, bien porque el paciente no sea en ese momento capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y el consentimiento sea entonces prestado por representación (por su representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho). Esta misma disciplina debería aplicarse también a las situaciones de salud mental.

Ahora bien, si se deroga el artículo 763 LEC, para evitar que esta modificación legal suponga una pérdida de garantías, debería a la vez reformarse el artículo 9 LBAP (que deberá tener rango de Ley Orgánica) para incorporar las garantías que hoy reviste la medida de internamiento no voluntario: concretamente la exigencia de autorización judicial, al menos para los internamientos que superen un determinado plazo, o que no tengan como finalidad la simple realización de una intervención o tratamiento puntual y temporalmente acotado.

4. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En materia de capacidad jurídica y guarda legal, la reforma de la legislación española debería ser particularmente profunda. En efecto, al reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.1), y afirmar que “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” (art. 12.2), la CDPD desautoriza aquellas regulaciones legislativas que, como la española, permiten privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica (expresión que, en la CDPD, ha de entenderse como comprensiva de la “capacidad de obrar” –como se desprende claramente de la alusión al “ejercicio de la capacidad”-, esto es, no se refiere tan sólo a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino que incluye la capacidad de realizar actos jurídicos o la capacidad para el ejercicio de los derechos), y que establecen un sistema de representación legal que implica la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Se hace precisa, pues, una reforma del Código civil en esta materia, que responda al menos a las siguientes exigencias fundamentales:

a) Ha de reconocerse la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos (lo que en Derecho español se denomina “capacidad de obrar”), excluyéndose todas aquellas figuras que supongan la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. En consecuencia, deberían desaparecer las referencias a cualquier tipo de privación o restricción de la capacidad de obrar, suprimiéndose la declaración judicial de incapacidad. A las personas con discapacidad no se les debe restringir la capacidad de obrar, sino, por el contrario, prestarles los debidos apoyos para que puedan ejercerla. En consecuencia, ha de suprimirse –salvo para el caso de los menores de edad- la institución de la tutela, así como la prórroga de la patria potestad, pues ambas implican la sustitución de la persona en la toma de decisiones.

b) Con la denominación que se prefiera, ha de instituirse una figura de apoyo a las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el apoyo a la toma de decisiones no guarda relación únicamente con las condiciones de validez de los actos jurídicos, y por tanto no se limita a resolver el problema de si éstos deben ser realizados con la intervención de una persona que

complemente la capacidad (como sucede hoy en la curatela) o que sustituya al titular del derecho (como sucede en la tutela). La función principal del prestador de apoyos no se produce en relación con la prestación del consentimiento para la realización de actos jurídicos, sino con carácter previo, en el proceso de formación de la voluntad.

c) Las concretas funciones del prestador de apoyos deberían ser moduladas en atención a las circunstancias de la persona, y esa modulación podría incluir en algunos casos la exigencia de consentimiento del prestador de apoyos para la validez de los actos jurídicos, o incluso, en los casos extremos en que la persona esté imposibilitada de manifestar su voluntad de cualquier modo y sea necesario concluir un acto jurídico, la posibilidad de que el mismo sea válido con la sola expresión de voluntad del prestador de apoyo. Ahora bien, es decisivo que se consagren dos principios generales: a) que las medidas que se adopten deberán procurar siempre que la afectación de la autonomía personal sea la mínima posible; b) que las personas que desarrollen las funciones de apoyo deberán respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, y, cuando la persona apoyada esté imposibilitada de comunicar su voluntad, deberán actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias. En suma, el criterio rector de las instituciones de apoyo ya no puede ser “el interés superior del incapaz”, como se ha mantenido hasta ahora y aparece con frecuencia en las resoluciones judiciales sobre la materia, sino el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

d) Finalmente, la legislación en materia de capacidad jurídica debe establecer, tal y como exige el artículo 12.4 de la CDPD, las salvaguardas necesarias para evitar los abusos y conflictos de intereses y preservar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona para la que se establecen medidas de apoyo. Entre estas salvaguardas habrían de figurar, por ejemplo: la declaración de inidoneidad de determinadas personas para el ejercicio de las funciones de apoyo; la exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos jurídicos; las garantías que ha de revestir el procedimiento judicial para la determinación de apoyos, en los que ha de asegurarse la plena participación de la persona afectada y ha de llevarse a cabo una evaluación interdisciplinar de la capacidad de la persona; y la revisión periódica por la autoridad judicial de las medidas adoptadas para la provisión de apoyos.

5. Sobre la esterilización forzosa de las personas con discapacidad. En materia de esterilización forzosa, y a pesar de que se ha producido una importante modificación legislativa con la reforma del Código Penal (CP) de 2015, el segundo párrafo del artículo 156 CP constituye una clara vulneración de la CDPD, por lo que debería plantearse su supresión. La vulneración se produce respecto del artículo 23.1.c), que obliga a los poderes públicos a asegurar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de

condiciones con las demás”. Asimismo, la esterilización forzosa constituye una discriminación por razón de discapacidad, pues el artículo 156 CP consagra una diferencia de trato por razón de discapacidad, en la medida en que permite que se aplique una esterilización sin contar con su consentimiento exclusivamente a personas con discapacidad y no a otras.

Bibliografía citada:

BARIFFI, Francisco José (2014), *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, CINCA.

BARRIOS FLORES, Luis Fernando (2012), “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, 22.

CUENCA GOMEZ, Patricia (2015), “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acomodarse a los mandatos de la Convención. Libertad personal”, en: ALCAIN MARTINEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CUENCA, Patricia (2012), *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo.

FEITO, Lidia (2007), “Vulnerabilidad”, *An. Sist. Sanit. Navar.*, núm. 30 (Supl. 3), pp. 7-22.

INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE (UNESCO), *The principle of respect for human vulnerability and personal integrity*, UNESCO, París, 2013.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (2017), “Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda”, *Derechos y Libertades*, 37, pp. 167-192.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (2016-a), *Derechos fundamentales y discapacidad*, Madrid, CINCA.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (2016-b), “Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional española”, en AAVV, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una década de vigencia*, Madrid, CINCA.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo (2016), “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de derecho y discapacidad*, 1, pp. 179-183.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Universidad de Oviedo, Procura núm. 3, Oviedo, 2013.