

REFLEXIONES SOBRE EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN
DE NACIONES UNIDAS DE 2006 Y SU CONTROVERTIDA
EXÉGESIS POR EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

*THOUGHTS ON ART. 12 OF THE 2006 UNITED NATIONS
CONVENTION AND ITS CONTROVERSIAL INTERPRETATION BY THE
COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 636-667

* El presente trabajo constituye una versión debidamente actualizada del capítulo de mi autoría en el libro colectivo *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA y L.B. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 113-142.



Aurora LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una relectura rigurosa, a la par que no exenta de crítica sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y de las recomendaciones que, al hilo de la misma, ha hecho el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ello en un momento como el presente en el que acaba de entrar en vigor la Ley estatal 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por añadidura, se ofrece un breve apunte sobre la adecuación a la Convención del nuevo sistema de apoyos acuñado por la referida Ley.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, autogobierno, Convención UN 2006.

ABSTRACT: *The paper is to offer a rigorous reading of article 12 of the United Nations Convention of 2006 and of the recommendations made by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in relation to it, while at the same time not exempt from criticism. This at a time like the present, when Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has just come into force. In addition, a brief note is offered on the adaptation to the Convention of the new system of support coined by the Law.*

KEY WORDS: *Disability, legal capacity, supports, self-government, 2006 United Nations Convention.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. LA NUEVA VISIÓN DE LA DISCAPACIDAD PROPUGNADA POR LA CONVENCIÓN UN 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL.- III. EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU COMPLEJA INTERPRETACIÓN.- I. Planteamiento.- 2. ¿Mantiene la Convención la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? -3. El ambiguo significado del término apoyo.- 4. Principios inspiradores de las medidas de apoyo.- 5. La especial referencia a los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad.- IV. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Observaciones generales.- A) Observación núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.- B) Observaciones generales complementarias.- a) Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad.- b) Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.- 2. Observaciones específicas a España.- V. BREVE APUNTE SOBRE LA ADECUACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESTATAL DE APOYOS DISEÑADO POR LA LEY ESTATAL 8/2021 A LA CONVENCIÓN UN 2006.

I. PREVIO.

En un momento como el presente, en el que acaba de entrar en vigor la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al objeto de su debida adecuación la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, interesa ofrecer una relectura del precepto que, a mi entender, constituye la punta de lanza del texto internacional -el art. 12- en cuanto aborda dos cuestiones tan complejas y estrechamente vinculadas entre sí como son las concernientes a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y al alcance del sistema de apoyos que, en su caso, puede necesitar. Ahora bien, no puede abordarse el estudio de este precepto sin antes encuadrar la Convención en el concreto modelo de la discapacidad al que responde al objeto de detectar sus aciertos y debilidades. Igualmente, interesa ir más allá de los términos de la Convención, acudiendo a la lectura que de la misma hace el CDPD (en adelante, CDPD), en cuanto órgano encargado de supervisar su aplicación por parte de los Estados signatarios. Por último, interesa cerrar este trabajo con una breve reflexión sobre el alcance de la adecuación del nuevo sistema de apoyos estatal acuñado por la Ley 8/2021 a los parámetros de la Convención.

II. LA NUEVA VISIÓN DE LA DISCAPACIDAD PROPUGNADA POR LA CONVENCIÓN UN 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL.

En 2006 la ONU aprobó una Convención sobre derechos de las personas con discapacidad que ha supuesto, sin lugar a dudas, un cambio de paradigma en

• **Aurora López Azcona**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: alopaz@unizar.es

el tratamiento de la discapacidad, en cuanto supera la perspectiva asistencial para asumir otra diferente basada en los derechos humanos¹. De este modo, su art. 1 declara que la Convención tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por todas las personas con discapacidad”.

Este cambio de paradigma implica la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como mero objetos de tratamiento y protección². Se sustituye así el modelo médico de la discapacidad (centrado en las causas médicas u orgánicas de la discapacidad) por el modelo social (centrado en los factores sociales de la discapacidad)³. Sucede, sin embargo, a mi entender, que ninguno de estos modelos por sí solo resulta plenamente satisfactorio para abordar una realidad tan compleja y diversa como la de la discapacidad.

Así, el modelo médico contempla la discapacidad como un problema exclusivamente personal causado por una enfermedad o deficiencia. En coherencia con este planteamiento, este modelo centra sus respuestas en el individuo y sus limitaciones para adoptar una posición paternalista y asistencial centrada exclusivamente en su curación, sin contemplar soluciones sociales (aceptación de la diferencia e igualdad de derechos) que resultan esenciales⁴.

Por su parte, el modelo social considera que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un producto social, resultado de las interacciones entre un

- 1 Como así se recoge en el *Informe especial sobre capacidad jurídica y toma de decisiones con apoyo* del Relator Especial UN sobre los derechos humanos, 2018, §. 21; y, a nivel estatal, en el *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*, 2017, p. 6; el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 6; y el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2019, p. 21.
- 2 De acuerdo con el *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 5; y, en la doctrina, BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y RAMIRO, M.A.: “Capacidad jurídica y discapacidad; el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad De Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. V, 2012, pp. 55-56; y ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *DPyC*, núm. 24, 2010, p. 19.
- 3 Como así se constata por el *Informe del Consejo Fiscal*, cit., p. 7; el *Informe del CGPJ*, cit., p. 5; el *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 5; la *Memoria del Ministerio de Justicia del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2018, p. 12. En la doctrina vid. en el mismo sentido VELARDE LIZAMA, V.: “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, p. 132.
- 4 De acuerdo con la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)* elaborada por la Organización Mundial de la Salud, ed. en español, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 22; y, en la doctrina, BARRIOS FLORES, L.F.: “La Convención, un cambio de paradigma jurídico. La ley española frente a la Convención”, en AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, (Cuadernos de la Fundación V. Graflos 39), 2016, p. 38; CUENCA GÓMEZ, P.: “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 231-232; y VELARDE LIZAMA, V.: “Los modelos”, cit., p. 124.

individuo y un entorno no concebido para él⁵. En otras palabras, las causas de la discapacidad no son tanto las deficiencias individuales, sino las limitaciones de la propia sociedad, que no es capaz de asegurar que las necesidades de las personas con discapacidad se vean satisfechas⁶. A partir de ahí, en este modelo la solución a la discapacidad viene dada por la necesaria integración social de las personas con discapacidad y la sociedad tiene la obligación de realizar en el entorno las modificaciones necesarias para garantizar la plena participación en todas las esferas de la vida social de las personas con discapacidad.

Obviamente, este modelo merece *a priori* una valoración positiva, en cuanto como señala la propia Convención en su art. 3.d, se basa en “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas” (idea que responde al modelo de la diversidad como submodelo del modelo social)⁷.

Pero junto a ello presenta elementos criticables, en cuanto, en su vertiente más extrema, contempla la discapacidad como “una forma de opresión social a quienes tienen un déficit, construyendo entornos que castigan a quienes se desvían del estándar de normalidad”⁸. De este modo, considera la sociedad como la principal causante de la discapacidad, sin reconocer que hay otros factores determinantes de la discapacidad, sí tomados en consideración, sin embargo, por el modelo médico. E igualmente ofrece una respuesta uniforme al tratamiento de la discapacidad que parte de la premisa que todas las personas deben poder tomar sus propias decisiones, olvidando que la discapacidad engloba situaciones muy diversas y, entre ellas, la de aquellas personas que adolecen deficiencias mentales muy severas que les impiden gobernarse por sí mismas⁹.

Este es el modelo en el que se ha inspirado esencialmente la Convención no sin algún matiz, como se indicará más adelante. Así, en su Preámbulo declara que “la discapacidad es un concepto [...] que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones

5 Conforme a la *Clasificación Internacional*, cit., p. 22.

6 Según hacen constar PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermei, Madrid, 2008, p. 123; y VELARDE LIZAMA, V.: “Los modelos”, cit., p. 130.

7 De acuerdo con V. VELARDE LIZAMA, *ídem*, p. 132.

8 Según hace constar VALLEJOS, I.: *Entre el modelo médico y el modelo social, algunas reflexiones sobre conceptos y prácticas* (URL: <http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf>, consultada el 31/08/2021).

9 Como certeramente sostiene la *Clasificación Internacional*, cit., p. 218 y, en la doctrina, ATIENZA RODRIGUEZ, M.: “Dignidad”, cit., p. 264; ALEMANY, M.: “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación general n.º. 1 (2014) del Comité (UN) sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 52, 2018, pp. 213-214; CANIMAS BRUGÉ, J.: “Decidir por el otro es a veces necesario”, en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., pp. 16-17; y ÁLVAREZ LATA, N. y SEDANE, J.A.: N. ÁLVAREZ LATA Y J.A. SEDANE “El proceso”, cit., p. 15.

con las demás”¹⁰. Por añadidura, haciéndose eco del postulado del modelo social según el cual las personas con discapacidad tienen tanto que aportar a la sociedad como aquellas que no lo son, el Preámbulo aboga por reconocer “el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades”.

De igual modo, la lectura de su art. 3 revela una total coincidencia entre los principios generales de la Convención y los postulados básicos del modelo social como son el respeto a la dignidad y la autonomía, la participación en la sociedad y accesibilidad y el respeto a la diversidad.

Por añadidura, resulta indudable que el modelo social inspira buena parte de su articulado. Resultan reveladores al respecto el art. 9 que impone a los Estados parte la adopción de las medidas pertinentes para garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad universal; el art. 19 que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir en comunidad en igualdad de condiciones, lo que incluye la oportunidad de elegir su lugar de residencia y el no verse obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; el art. 21 que impone a los Estados parte la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión en igualdad de condiciones, incluido el acceso a la información; el art. 24 que reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad, en el marco de un sistema educativo inclusivo dirigido a reforzar el respeto a los derechos humanos y la diversidad humana, desarrollar al máximo la personalidad y aptitudes de las personas con discapacidad y hacer posible que participen de manera efectiva en la sociedad, el art. 26 que impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas efectivas y pertinentes para que puedan lograr la máxima independencia y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida; el art. 27 que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones, lo que incluye el derecho a poderse ganar la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral abierto e inclusivo; el art. 29 que impone a los Estados parte la obligación de garantizar a las personas con discapacidad la posibilidad de gozar de los derechos políticos en igualdad de condiciones, incluido el derecho a votar y a ser elegidos; y el art. 30 que reconoce

10 Esto es, como señala DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, p. 84. “la discapacidad no es la deficiencia ni tampoco la barrera que dificulta a las personas con deficiencias puedan participar plena y efectivamente en la sociedad, sino que es la interacción entre ambas”. Inciden en la concurrencia de ambos elementos PALACIOS, A. y BARIFFI, F.J.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, p. 65; MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas”, *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, p.11; y PORXAS ROIG, M.A.: “Un análisis del impacto en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *UNED. Revista de Derecho político*, núm. 103, 2018, p. 368.

el derecho de las personas con discapacidad a participar en la vida cultural en igualdad de condiciones.

Con todo, si bien resulta innegable la influencia en la Convención del modelo social, una lectura reposada de la misma permite advertir ciertos matices o modulaciones del mismo, en cuanto sus redactores no han prescindido absolutamente de los factores individuales o internos de la discapacidad¹¹, como, sin embargo, propugna la interpretación ortodoxa del modelo social que, a mi entender, adopta de modo cuestionable el Comité UN de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, en adelante)¹². Así resulta de la noción de las personas con discapacidad que ofrece el art. 1.1 donde se aúnan los factores personales con los factores externos o sociales de la discapacidad: “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”. E igualmente del art. 12.3 que impone a los Estados parte el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el *apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, ello con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos desde la perspectiva de los derechos humanos. Otro concepto fundamental presente en la Convención que, entiendo, va en la línea apuntada es el de los *ajustes razonables* a realizar necesariamente en los ámbitos de la justicia (art. 13.1), de la educación (art. 24.2.c) y laboral (art. 27.1.i) para adecuarlos a las necesidades específicas de las personas con discapacidad¹³.

III. EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU COMPLEJA INTERPRETACIÓN.

I. Planteamiento.

A partir de ahí, es el art. 12 de la Convención UN 2006, bajo la rúbrica “igual reconocimiento como persona ante la ley”, el que fija las pautas del nuevo tratamiento jurídico a dispensar a la discapacidad. Sucede, sin embargo, que los términos en que se expresa este precepto no resultan muy precisos, habiendo sembrado así las dudas entre los legisladores de los países signatarios a la hora de adoptar su Derecho interno a sus previsiones respecto a dos cuestiones esenciales: la primera, qué concepto de capacidad se está barajando en el Convenio; y, en

11 Aboga por la, a mi juicio, necesaria interacción entre los factores internos y sociales de la discapacidad la *Clasificación internacional...*, cit., p. 22, adoptando un enfoque “biopsicosocial” basado en la integración de los dos modelos opuestos expuestos como son el médico y social. En la doctrina propugnan igualmente una lectura de la Convención a la luz de este enfoque N. ÁLVAREZ LATA y J.A. SEOANE: “El proceso”, cit., p. 17.

12 Participa, asimismo, de esta opinión MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS y V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, cit., p. 255.

13 El concepto de *ajustes razonables* aparece formulado en el art. 2.4 Convención UN 2006.

estrecha conexión con ésta, qué medidas de apoyo pueden adoptarse en caso de ser necesarias¹⁴. Ello ha propiciado, a mi entender, una lectura de la Convención por parte del CDPD en exceso buenista y poco acorde con la realidad¹⁵ en la que, ya adelanto, se aboga por el reconocimiento de plena capacidad obrar a todas las personas con discapacidad y, por ende, el reemplazo absoluto del sistema de sustitución en la toma de decisiones por el de asistencia en la toma de decisiones, olvidando que la discapacidad, como ya he señalado, engloba una gran variedad de situaciones a las que no se puede dar una respuesta única no tanto por razones de seguridad de tráfico jurídico, como apuntan algunos autores¹⁶, sino desde la perspectiva de la propia vulnerabilidad de las personas afectadas por ciertos trastornos mentales o discapacidades intelectuales y cognitivas que, se quiera o no reconocer, les impiden tomar sus propias decisiones ya no sólo de índole patrimonial, sino de índole personal¹⁷.

2. ¿Mantiene la Convención la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?.

La cuestión clave radica, por consiguiente, en determinar si la Convención mantiene la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar o, por el contrario, ha unificado ambas categorías en el concepto de capacidad jurídica para reconocerla a todas las personas con discapacidad sin distinción alguna. Obviamente, la cuestión se revela de gran trascendencia, no tanto respecto de las personas con discapacidad física, sino en relación con las personas con discapacidad mental o intelectual, ya que es, en concreto, respecto a éstas donde se plantea el debate sobre su capacidad de autogobierno¹⁸, esto es, para cuidar ya no sólo de sus bienes sino también de su persona¹⁹.

¿Cuál es la posición de la Convención al respecto? Yo me atrevería a calificarla de intencionada ambigüedad, a la vista del accidentado proceso de redacción

14 De acuerdo con GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *ADC*, t. LXVI, 2013, p. 67.

15 El mismo discurso sostiene CALDAS DE ALMEIDA, J.M.: "El artículo 12 de la CRPD, los límites de enfoques reduccionistas en aspectos complejos y la búsqueda necesaria de concertación", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, para tachar de "radical y reduccionista" la interpretación del Comité.

16 Vid. p.e. CARRASCO PERERA, Á.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Publicaciones jurídicas CESCO*, 2018, pp. 2-3 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consultada el 31/08/2021).

17 A este respecto CANIMAS BRUGÉ, J.: "Decidir", cit., p. 24, tacha de "inmoralidad" la renuncia incondicional a las decisiones sustitutivas que propugna el Comité. Vid. en términos igualmente críticos ALEMANY, M.: "Igualdad", cit., p. 219.

18 Según advierte atinadamente, GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12", cit., p. 69.

19 De acuerdo con la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, 2016, p. 26, el autogobierno requiere capacidad y voluntad para tomar decisiones tanto en el plano externo (actos que exigen relacionarse con tercero) como interno (actos propios como el autocuidado) (URL: <https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislacioc8In.pdf>, consultada el 31/08/2021).

del art. 12 con dos posiciones abiertamente enfrentadas: la de aquellos países que abogaban por el pleno reconocimiento y garantía tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar para las personas con discapacidad; y la de aquellos otros partidarios de referirse exclusivamente a la capacidad jurídica, sin mención alguna de la capacidad de obrar. De este modo, la lectura de los informes de las sesiones celebradas desde 2002 a 2006 por el Comité Especial encargado de preparar la Convención por mandato de la Asamblea General UN, revela que no fue hasta el último periodo de sesiones, ya en 2006, cuando se adoptó la fórmula de compromiso “ejercicio de la capacidad jurídica”, en lugar de la expresión “capacidad para actuar” que se había barajado en los borradores anteriores²⁰. Ello no impidió, sin embargo, que en el proceso de ratificación de la Convención se produjeran multitud de reservas y declaraciones interpretativas, dirigidas unas a mantener la referencia específica a la “capacidad de actuar” en el art. 12.2; y otras (provenientes fundamentalmente de países de nuestro entorno) que, aun aceptando la terminología definitivamente acuñada en dicho precepto, sustentaron el encaje de los apoyos sustitutivos en el art. 12.3 Convención. España, por su parte, no hizo reserva ni aclaración alguna²¹.

Entrando ya en el análisis del precepto, según resulta de su rúbrica (“Igual reconocimiento como persona ante la ley”), el art. 12 sienta la premisa de que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley en igualdad de condiciones con las demás²².

A partir de ahí, en su aptdo. 1º establece que los Estados parte “reafirman” que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, esto es, a ser reconocidas como personas ante la ley como presupuesto previo e imprescindible para los demás derechos que se enuncian a continuación. Obsérvese que la Convención usa el término “reafirmar”, de lo que resulta que no estamos ante un derecho reconocido *ex novo*, sino que ya existía antes y que ahora se pretende reforzar a través de un texto internacional, probablemente para evitar omisiones injustificadas por algunos de los Estados signatarios²³.

20 Los informes y documentación adicional del Comité Especial encargado de preparar el borrador de la Convención pueden consultarse en <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>.

21 Extraigo esta información de GARCÍA PONS, A: “El artículo 12”, cit., pp. 67-68; y PASTOR PALOMAR, N.: “Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 17-23.

22 Comparto en este punto la afirmación vertida por la *Observación 1 (2014) CDPD*, § 5, según la cual “con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley o que permita limitar este derecho”.

23 Como clarifican CUENCA GÓMEZ, P.: “La capacidad”, cit., p. 240; y GARCÍA PONS, A.: “El artículo 12”, cit., p. 66. Obviamente no es el caso del Estado español, a tenor de lo dispuesto en el art. 30 CC.

Los dos apartados siguientes se revelan esenciales, pero, a la par, son los que presentan mayores dificultades interpretativas. En particular, el apdo. 2º impone a los Estados parte la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen “capacidad jurídica” en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Complementariamente, el apdo. 3º les impone el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el “ejercicio de su capacidad jurídica”.

Aunque la cuestión es muy discutible creo que puede defenderse que, cuando el art. 12 en su primer apartado utiliza el término “capacidad jurídica” se está refiriendo exclusivamente a la aptitud de toda persona con discapacidad para ser titular de derechos y obligaciones; afirmación que ratifica en el aptdo. 5º, reconociéndoles, como se indicará más adelante, ciertos derechos de índole patrimonial en iguales condiciones con los demás. Pero distinta de esta titularidad es su ejercicio al que se refiere en su apartado. 3º para imponer a los Estados parte la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que “puedan necesitar” en tal ejercicio²⁴. De este modo, lo quiera o no el CDPD, la Convención está reconociendo que las personas con discapacidad pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica (lo que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar) y, por ende, pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata -y aquí viene el necesario cambio de enfoque- de privar a una persona con discapacidad de su capacidad de obrar como se viene haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituiría una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1.a y b, sino de determinar los apoyos que posibiliten el ejercicio de su aptitud cuando *de facto* se encuentre limitada, ello necesariamente conjugado con los necesarios ajustes a realizar en los diferentes ámbitos de la sociedad al objeto de garantizar su participación plena y efectiva²⁵.

24 Coinciden en esta apreciación ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: N. ÁLVAREZ LATA Y J.A. SEOANE “El proceso”, cit., p. 23; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 22 y 24; PAU, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 6.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *DPyC*, núm. 23, 2009, p. 347; y RUEDA ESTRADA, J.D., ZURRO MUÑOZ, J.J. y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J.C.: “El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2014, p. 89. Discrepan, sin embargo, de esta tesis para interpretar, en línea con el CDPD, que la noción “capacidad jurídica” de la Convención engloba las dos dimensiones, estática (capacidad jurídica) y dinámica (capacidad de obrar) de la capacidad, entre otros, BARRIFFI, F.J.: “CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU”, F.J., en AA.VV.: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 375 y 378; CUENCA, P.: “La capacidad”, cit., p. 241; PALACIOS, A.: *El modelo*, cit., p. 464; y PORXAS ROIG, M.A.: “Un análisis”, cit., pp. 368-369.

25 Participan de la opinión que aquí se sustenta la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma*, cit., 2016, pp. 8 y 25 y el Comité de Bioética de España en su

3. El ambiguo significado del término apoyo.

A partir de ahí, interesa ahora abordar desde una perspectiva jurídica el significado del término “apoyo” que utiliza la Convención, dada su vaguedad y amplitud. Esto es, se trata de determinar si bajo este término tiene cabida sólo la mera asistencia o también la sustitución en la toma de decisiones.

Aunque la Convención renuncia, de nuevo, a clarificar este extremo²⁶, la lectura de sus trabajos preparatorios revela la predisposición de no pocas delegaciones a incluir una referencia expresa a la posible adopción de medidas representativas como solución excepcional y con las salvaguardias necesarias. Tal mención fue suprimida de la fórmula definitivamente adoptada, pero parece que con el fin de evitar una “utilización excesiva de la misma por los Estados parte y socavar el concepto de apoyo a la adopción a la toma de decisiones”, más que con ánimo de excluir la representación de modo absoluto²⁷. Con todo, tratando de zanjar cualquier duda que pudiese suscitarse al respecto, no pocos países han formulado reservas y declaraciones interpretativas al art. 12.3 en el sentido de interpretar que la Convención permite la representación en la toma de decisiones²⁸.

Por todo ello y, es más, si atendemos a la propia filosofía que inspira la Convención (modelo social con matices, como he defendido anteriormente) parece resultar que *a priori* este apoyo será meramente asistencial en aras a la necesaria potenciación de la autonomía de las personas con discapacidad y sólo en casos extremos y excepcionales podrá ser representativo; esto es, podrá consistir en decidir por la persona con discapacidad (esto es, sustituir su voluntad) y no con la persona²⁹. En definitiva, a mi juicio, la Convención no excluye el sistema de

Informe 2017, cit., p. 21; y, en la doctrina, GARCÍA PONS, A.: “El artículo 12”, cit., p. 71; LECIÑENA IBARRA, A.: “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 136; LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 16 y 25; M. PEREÑA VICENTE, “La transformación”, cit., pp. 63-64; PORXAS ROIG, M.A.: ídem, pp. 370-371; RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela”, en AA.VV.: *Claves*, cit., pp. 217-219; y RUEDA ESTRADA, J.D., ZURRO MUÑOZ, J.J. y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J.C.: “El modelo”, cit., p. 90; y PAU, A.: “De la incapacitación”, cit., p. 11. Sustentan, sin embargo, en línea con la STS (Sala de lo civil) de 29 abril 2009, la adecuación de la modificación judicial de la capacidad a la Convención UN 2006 ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 263-264; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El tratamiento”, cit., pp. 33-38; y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La Convención”, cit., pp. 347-348 y 31-362.

26 Es más, resulta llamativo que no ofrezca una noción del mismo en su art. 2, dedicado a las definiciones legales, cuando sí lo hace, en cambio, de los “ajustes razonables”.

27 Según resulta de las afirmaciones vertidas en los § 21 y 22 del informe correspondiente a la 5ª sesión (24 enero a 4 febrero de 2005) del Comité Especial encargado del borrador de la Convención (URL: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>, consultada el 31/08/2021).

28 Información extraída de GARCÍA PONS, A.: “El artículo 12”, cit., pp. 67-68; y PASTOR PALOMAR, N.: “Reservas”, cit., pp. 19-20.

29 Comparten esta interpretación la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010, de 29 noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procesos sobre determinación de la capacidad de las personas*; y, en la doctrina, entre otros, ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE,

sustitución de toma de decisiones, pero ciertamente lo contempla como último recurso al que acudir cuando sea necesario.

Junto a ello, resulta indudable que el sistema de apoyos que propugna la Convención ha de ser un sistema flexible, en el sentido de que responda en cada caso a las concretas necesidades de la persona con discapacidad, en atención a sus circunstancias no sólo personales, sino familiares y sociales (la idea del “traje a medida” acuñada por la STS de 1 julio 2014); y, por añadidura, que otorgue un mayor protagonismo a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones, en cuanto la Convención da entrada, entre los nuevos principios rectores en materia de discapacidad, al de autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de las personas (art. 3.a, en relación con el art. 12.3)³⁰.

4. Principios inspiradores de las medidas de apoyo.

Complementario de lo anterior, resulta de interés exponer por separado los diversos principios a respetar por los Estados parte a la hora de proporcionar medidas de apoyo a las personas con discapacidad, toda vez que resultan reveladores del nuevo tratamiento de la discapacidad que propugna la Convención.

1º. *Principio de no discriminación por razón de discapacidad.* Así, el Preámbulo se refiere a “la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan los derechos humanos y libertades fundamentales plenamente y sin discriminación” (letra c), para añadir, a continuación, que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano” (letra h). Insistiendo en esta idea, ya en el articulado, el art. 3 enumera entre los principios de la Convención el de no discriminación; y el art. 5 reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas e impone a los Estados parte del Convención la obligación de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva. Ciertamente, la formulación explícita de tal principio en un convenio internacional se revelaba a todas luces necesaria, habida cuenta de la

J.A.: N. ÁLVAREZ LATA Y J.A. SEOANE “El proceso”, cit., p. 23; GÓMEZ, P.: “La capacidad”, cit., p. 244 y “El sistema”, cit., p. 75 (con matices); LECIÑENA IBARRA, A.: “Alternativas”, cit., pp. 136-137; PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley”, *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3. 2018, p. 70; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La Convención”, cit., pp. 349-350; RAMS ALBESA, J.: “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, tratados como lugares comunes”, *RCDI*, núm. 27, 2011, p. 253; y DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *RCDI*, núm. 780, 2020, p. 2232. Discrepan, sin embargo, de esta tesis para interpretar, en línea con el CDPD, que la Convención reemplaza de modo absoluto el sistema de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones BARRIFFI, F.J.: “CAPACIDAD”, cit., p. 355; LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad*, cit., pp. 16, 28 y 33; PALACIOS, A.: *El modelo*”, cit., p. p. 453; PÉREZ BUENO, L.C.: “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*, núm. 1, 2016, p. 178; PALACIOS, A. y BARRIFFI, F.J.: *La discapacidad*, cit., p. 105; y PORXAS ROIG, M.A.: “Un análisis”, cit., p. 369.

30 En palabras de ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: N. ÁLVAREZ LATA Y J.A. SEOANE “El proceso”, cit., p. 24.

discriminación en todos los ámbitos (laboral, social, político, educativo...) de que ha adolecido y adolece sistemáticamente este colectivo de personas. Ahora bien, no parece que el principio de igualdad y la consiguiente prohibición de discriminación amparen, como pretende el CDPD en su Observación núm. 6 (2018), el rechazo a ultranza de las medidas de apoyo más intenso como son las sustitutivas, cuando ello se revele necesario, no por el mero hecho de tener una discapacidad, sino por la circunstancia adicional de tener una dificultad general de autogobernarse³¹.

2º. *Principio de respeto a la dignidad de la persona*. Tal principio se encuentra formulado en el art. 3.a y, por lo demás, inspira todo el articulado. En particular, por lo que hace a las medidas de apoyo a adoptar por los Estados parte, este necesario respeto a la dignidad humana entiendo debe ponerse en relación con la previsión contenida en el art. 12.4 relativa a la exigencia de proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, sin que deba confundirse con el principio de autonomía personal, como parece dar a entender el CDPD en sus diferentes Observaciones generales y, en especial, en la núm. 1 (2014)³².

3º. *Principio de respeto a la autonomía y las decisiones personales*. Este principio, que constituye uno de los ejes de la Convención, se encuentra formulado en el art. 3.a. Complementariamente, el art. 12.4 prevé que las medidas de apoyo que se adopten respecto al ejercicio de la capacidad jurídica habrán de respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, interesa advertir que dicho principio sustituye al del interés de la persona con discapacidad que hasta ahora presidía esta materia, salvo en lo que atañe a menores de edad, respecto a los cuales sigue estando presente pero ya no por razón de su discapacidad, sino de su minoría edad (arts. 7.2 y 23.2). De este modo, a partir de la Convención el apoyo no se va a prestar en interés de la persona con discapacidad, sino atendiendo exclusivamente a su voluntad, deseos y preferencias³³. Con todo, más allá de la sustitución de un principio por otro, considero que puede defenderse una lectura integradora de ambos, en el sentido que todo apoyo que se preste a una persona con discapacidad se dirija a reportarle una mayor calidad de vida apreciada conforme a lo manifestado por esa persona con arreglo a su voluntad y preferencias³⁴.

31 Como apunta la STS de 29 abril 2009; y en la doctrina, ALEMANY, M.: "Igualdad", cit., pp. 204-206; CANIMAS BRUGÉ, J.: "Decidir", cit., pp. 16-17; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "El tratamiento", cit., p. 29.

32 De acuerdo con ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Dignidad", cit., p. 264; y ALEMANY, M.: "Igualdad", cit., pp. 218-219.

33 Idea que viene confirmada por la siguiente declaración de la *Observación núm. 1 (2014)* § 21: "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". En la misma línea el *Informe 2018 del Relator Especial UN sobre los derechos humanos*, cit., § 48 tacha de "preocupante" que "en algunos regímenes de apoyo para la adopción de decisiones se siga recurriendo al interés superior, ya que ello es contrario al respeto de la voluntad y preferencias de las personas".

34 Lectura que propugna la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma*, cit., p. 45. En la doctrina abogan, igualmente, por una interpretación integradora de ambos principios RAMOS, J.: Conclusiones", en AA.VV.: *La incapacidad, reflexiones*, cit., p. 120; DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe", cit., pp. 2232-2234; y PEREÑA VICENTE, M.: "La protección jurídica de adultos: el estándar de

4º. *Principio de proporcionalidad*, en el sentido que las medidas de apoyo habrán de ser “proporcionadas y adoptadas a las circunstancias de la persona” (art. 12.4). Esto es, se impone la adopción de un sistema de apoyos flexible y no estereotipado que se adecue a las concretas necesidades de la persona con discapacidad.

5º. *Principio de temporalidad*, de tal manera que las medidas de apoyo “se apliquen en el plazo más corto posible” (art. 12.4). Se trata así, con buen criterio, de terminar con la arraigada cronificación de las medidas de apoyo y, en particular, de aquellas más intrusivas que obedecen al modelo sustitutivo. No obstante, entiendo que tal temporalidad deberá supeditarse, en todo caso, a la concreta necesidad de apoyo de la persona de que se trate³⁵.

6º.- *Principio de revisión necesaria*, en el sentido que las medidas de apoyo estén “sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial” (art. 12.4), por cuanto, como se afirma en el Preámbulo de la Convención, la discapacidad no es un concepto estático, sino dinámico o “que evoluciona”³⁶.

7º. *Principio de apoyo desinteresado y leal*: en el sentido que quienes presten apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo que no haya “conflicto de intereses ni influencia indebida” (art. 12.4). Se prohíbe así la prestación de apoyo cuando haya intereses contrapuestos en el acto concreto de que se trate entre la persona que presta apoyo y la persona con discapacidad, lo que, en cierto modo, no deja de resultar contradictorio, cuando la Convención y particularmente la lectura que hace de la misma el CDPD en su Observación núm. I (2014) defiende a ultranza el respeto a la voluntad de la persona, incluido el “derecho a asumir riesgos y a cometer errores” sin modulación alguna³⁷.

5. La especial referencia a los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad.

El art. 12 se cierra con una declaración formulada en el aptdo. 5º, referida específicamente a la capacidad patrimonial de las personas con discapacidad. De

intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. PEREÑA), Dykinson, Madrid, 2018, p.121. Se pronuncian, sin embargo, por la supresión del principio del mayor interés de la persona con discapacidad dos de los autores del Anteproyecto estatal como son PAU, A.: “De la incapacitación”, cit., p. 9, por considerarlo excesivamente paternalista; y GARCIA RUBIO, M.P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 32-33, con base en el derecho de la persona con discapacidad para equivocarse como todo el mundo, en línea con la Observación I (2014) del CDPD. Alerta, igualmente, del “riesgo de caer en actitudes paternalistas” PORRAS ROIG, M.A.: “Un análisis”, cit., pp. 372-373.

35 Vid. en términos similares PALACIOS, A.: *El modelo*, cit., p. 460.

36 Es más, como sostiene ORTEGA, X.: “Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental”, en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., p. 79, tanto la discapacidad intelectual como las enfermedades mentales son procesos de larga transformación sin evolución lineal, en cuanto ésta se da a través de avances y retrocesos continuos.

37 Vid. en la misma línea DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe?”, cit., p. 2235.

este modo, la Convención les reconoce, en igualdad de condiciones con las demás personas, el derecho a la propiedad y la herencia, imponiendo a los Estados parte la obligación de velar para que no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria.

Pero, junto a ello, dicho precepto va más allá, dándoles entrada en el tráfico económico, en cuanto les reconoce expresamente el derecho a controlar sus asuntos económicos, así como “a tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero”. Se adopta así un nuevo planteamiento en un ámbito, como es el patrimonial, donde las barreras (particularmente, de índole subjetivo) hacia las personas con discapacidad se multiplican, lo que, sin duda, exigirá un cambio de actitud en los agentes implicados, pero también la búsqueda de un necesario equilibrio entre la seguridad del tráfico y la protección de los intereses de las personas con discapacidad³⁸. La Convención no parece ajena a esta reflexión, por cuanto, el tenor del art. 12.5 comienza con la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo”, de lo que resulta que, en todo caso, los Estados parte están obligados a proporcionar a las personas con discapacidad tanto el apoyo necesario en ejercicio de su capacidad patrimonial como a adoptar las salvaguardias necesarias para impedir abusos de terceros.

IV. LAS OBSERVACIONES DEL COMITÉ UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Junto a la Convención UN 2006 importa reparar ahora en las diversas Observaciones que hasta la fecha ha publicado el CDPD, dirigidas a solventar los problemas interpretativos que plantea el referido texto internacional y, en particular, el art. 12. Sucede, sin embargo, que dichas Observaciones ofrecen, a mi entender, una lectura de la Convención y, en particular, de su art. 12 -si se me permite la expresión- en exceso “ortodoxa” al amparo del modelo social de la discapacidad sin fisuras y que, por ende, no se ajusta a su literalidad³⁹.

Este Comité es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención (art. 34) por parte de los países que la han ratificado (entre ellos, España en 2008), lo que se materializa en la formulación de observaciones para aclarar cuestiones que se plantean en la aplicación de la misma, unas de alcance general (art. 39) y otras dirigidas específicamente a cada Estado parte como respuesta a los informes periódicos a presentarle periódicamente sobre las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones de la Convención

38 Como sostiene acertadamente LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad*, cit., p. 95.

39 Comparten esta opinión PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación”, cit., p. 68 y MUNAR BERNAT, P.A.: “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 123.

(art. 35)⁴⁰. Se trata así de lograr -que no de imponer- una respuesta uniforme por parte de los Estados parte en la adaptación de sus respectivos Derechos internos a los términos de la Convención⁴¹.

I. Observaciones generales⁴².

A) Observación núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.

Empezando por las observaciones generales del CDPD, interesa centrar nuestra atención en la Observación núm. 1 (2014) en cuanto se dirige a abordar la interpretación que, a su juicio, debe darse al art. 12 Convención al amparo de los principios generales formulados en su art. 3⁴³. Ello a fin de poner fin al “malentendido general” que ha observado acerca del alcance exacto de las obligaciones impuestas a los Estados parte por dicho precepto, “sobre la base de los informes de distintos países analizados hasta la fecha” y entre ellos, el presentado por España en 2011⁴⁴.

Así las cosas, el Comité interpreta el aptdo. 2º del art. 12 Convención (que, recuérdese, distingue entre “capacidad jurídica” y “ejercicio de la capacidad jurídica”) en el sentido que la “capacidad jurídica” incluye la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (que identifica como “capacidad legal”) y la de ejercer esos derechos u obligaciones o de actuar en derecho (que denomina “legitimación para actuar”), acudiendo para ello al aptdo. 5º del precitado precepto, donde ciertamente se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus asuntos económicos, pero obviando cualquier referencia al aptdo. 3º que contempla la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁴⁵.

A partir de ahí, el Comité considera acertadamente que los déficits en la capacidad mental no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica por cuanto ello resultaría discriminatorio⁴⁶, sino exclusivamente para, en su caso, “proporcionar apoyo en su ejercicio”⁴⁷. Ahora bien, ello partiendo de la visión de la capacidad mental que esgrime el modelo social -que personalmente no comparto- en la que se pone el acento exclusivamente en los factores ambientales

40 Información extraída de <https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx> (consultada el 31/08/2021).

41 Coincido en este punto con DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe?”, cit., pp. 2231-2232, cuando cuestiona, con base en el *Essex Autonomy Project 2016*, la obligatoriedad de las observaciones emitidas por los Comités creados en el seno de UN para la supervisión de sus tratados.

42 A consultar en <http://www.convenciondiscapacidad.es/observaciones/>.

43 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 4.

44 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 3.

45 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 12. Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad*, cit., § 14.

46 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 13 y § 32.

47 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 15.

y sociales de la discapacidad para omitir los factores personales. Así, en el § 14 de la Observación I (2014) se afirma literalmente que “la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende los contextos sociales y políticos”⁴⁸.

La lectura que sustenta el Comité de las nociones “capacidad jurídica” y “capacidad mental” le lleva, como era previsible, a interpretar el art. 12.3 (recuérdese, relativo a la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica) en el sentido de descartar en todo caso el apoyo sustitutivo o la representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, cuando ello propiamente no dispone dicho precepto. Así, aunque el Comité no deja de reconocer que el término “apoyo” que emplea la Convención es “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades” en función de “la diversidad de las personas con discapacidad” (primera y única vez que alude a este dato), entiende que “nunca debe consistir en decidir por ellas”, ya que “en todo momento, incluso en situaciones de crisis, debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones”⁴⁹, afirmación, sin duda, muy bien intencionada, pero que, a mi entender, peca de poco realista si atendemos a las graves alteraciones psíquicas que padecen algunas personas y, por ende, anulan su facultades volitivas e intelectivas⁵⁰. Insistiendo en esta línea argumentativa, el Comité considera que las salvaguardias requeridas por el aptdo. 4° “deben incluir la protección contra la influencia indebida”, pero que tal protección “debe respetar los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores” sin matiz o salvedad alguna⁵¹.

Este rechazo absoluto al sistema de apoyo sustitutivo conduce a su necesario reemplazo por un régimen de apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad⁵². El Comité va más allá, fijando las “disposiciones esenciales” que debe contener esta nuevo

48 Interesa igualmente el § 13 donde sostiene que “la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos *factores ambientales y sociales*” (la cursiva es nuestra).

49 *Observación CDPD núm. 1 (2014)*, § 17 y § 18. Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad*, cit., § 26, cuando afirma: “La Convención prohíbe todas las formas de sustitución en la adopción de decisiones”.

50 Como afirma certeramente MUNAR BERNAT, P.A.: “La curatela”, cit., p. 124, tan contrario a la Convención UN 2006 es abusar del sistema de representación, como no recurrir al mismo cuando sea necesario, porque “el apoyo” es la finalidad perseguida, no la medida en sí. Asimismo, cuestionan la supresión absoluta de la sustitución en la toma de decisiones ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Dignidad”, cit., pp. 264-26, CANIMAS BRUGÉ, J.: “Decidir”, cit., pp. 15 y 23-34; RAMOS, J.: “Introducción”, cit., p. 9; y SOLÉ, J.M.: “Artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas”, en AA.VV.: *La incapacitación*, cit., pp. 63 y 73.

51 *Observación CDPD núm. 1 (2014)*, § 20.

52 *Observación CDPD núm. 1 (2014)*, § 26 y § 28.

régimen de apoyo para asegurar el cumplimiento del art. 12 Convención⁵³, en un planteamiento muy reduccionista, a mi juicio, que, de nuevo, denota su olvido por las diversas modalidades de discapacidad existentes y, entre ellas, las de índole mental y psicosocial:

1ª. El apoyo debe estar disponible para todos, especialmente cuando el grado de apoyo necesario sea “elevado”. Se trata así de dar cumplimiento al principio de accesibilidad universal formulado en el art. 9 Convención UN 2006.

2ª. Todas las formas de apoyo, incluidas las “formas más intensas”, deben estar basadas en la voluntad y preferencias de la persona, y no en su interés superior. Por mi parte, como he señalado con anterioridad, discrepo de esta solución tan taxativa y no exenta de riesgos para proponer una lectura armonizadora de ambos principios, en cuanto, a mi entender, son compatibles⁵⁴.

3ª. La obtención de apoyo no puede verse obstaculizada por el modo de comunicación que utilice la persona con discapacidad, aun no siendo convencional; disposición esta que parece referirse fundamentalmente a las discapacidades físicas.

4ª. La persona encargada del apoyo deberá disponer de un reconocimiento jurídico accesible, lo que debe incluir mecanismos para que los terceros comprueben su identidad y puedan impugnar su decisión si creen que no está actuando conforme a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. El Comité parece así excluir las figuras de apoyo fáctico, tales como la guarda de hecho, pero no tanto al objeto de garantizar la debida protección de la persona con discapacidad, sino de verificar exclusivamente si la persona que presta apoyo actúa o no conforme a la voluntad y preferencias de la persona que lo necesita.

5ª. La falta de recursos económicos no será un obstáculo para acceder al sistema de apoyos, planteamiento que personalmente comparto, más allá que lo considere un mero desiderátum⁵⁵.

6ª. El apoyo no puede utilizarse como justificación para limitar otros derechos humanos -que no fundamentales como afirma el CDPD-, “especialmente el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o a establecer una unión, y

53 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 29.

54 En este punto recomiendo la lectura del artículo de STEINERT, T.: “La interpretación de voluntad y preferencias por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos”, *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 45-46.

55 Y es que, de acuerdo con LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad*, cit., p. 94, resulta innegable la incidencia de la “cuestión económica” para la puesta en marcha del sistema de apoyos que propugna la Convención 2006. A este respecto resulta llamativo, por lo que hace a la reforma del Derecho civil español, que la *Memoria del análisis del impacto normativo*, cit., p. 45 afirme que “el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra”.

fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad". Como es obvio, esta directriz incide de pleno en un tema tan complejo como es el relativo al ejercicio por las personas con discapacidad de los derechos inherentes a la persona, ya sean de índole política, familiar o vinculados al ámbito de la salud. A partir de ahí, coincido con el CDPD en que el apoyo no puede justificar en modo alguno su restricción y, por ende, que haya de respetarse la propia autonomía de las personas con discapacidad para disponer de tales derechos, pero ello -entiendo- condicionado a la necesaria capacidad de querer y entender, por las importantes implicaciones tanto personales como jurídicas que comporta el ejercicio de buena parte de los derechos aludidos... y aquí estoy pensando, de nuevo, en la vulnerabilidad de las personas con graves deficiencias mentales o intelectuales y en la exigencia -que obvia el Comité- de introducir las salvaguardias necesarias para impedir los abusos y la influencia indebida ex art. 12.4 Convención UN 2006. El mismo respeto a la autonomía de la persona y, por añadidura, a su libertad y dignidad, me llevan, igualmente, a compartir el criterio del Comité contrario a los internamientos⁵⁶ y tratamientos psiquiátricos forzados⁵⁷, si bien -insisto- necesariamente matizado a la luz de la necesaria capacidad de tomar decisiones⁵⁸. De este modo, toda intervención en el ámbito sanitario cuyo destinatario sea una persona con discapacidad debería llevarse a cabo, conforme al art. 25.d Convención, con su consentimiento libre y debidamente informado, pero sin excluir de modo absoluto, como hace el Comité, el consentimiento por sustitución, al objeto de garantizar su debido cuidado en aquellas situaciones extremas en que el paciente se revele incapaz de tomar una decisión al respecto con el consiguiente riesgo para su integridad física y/o psíquica⁵⁹. Por último, manifiesto mi rechazo más absoluto, en línea con el Comité, hacia la esterilización forzosa de las mujeres con discapacidad, en cuanto resulta una práctica, ya no solo atentatoria de los principios generales consagrados en el art. 3 Convención y, entre otros, del derecho de las personas con discapacidad a mantener su fertilidad en iguales condiciones que los demás ex art. 23.1.c sino, además, contraria a la exigencia formulada en su art. 6 de garantizar específicamente a aquellas el pleno respeto de todos los derechos fundamentales en igualdad de condiciones⁶⁰.

56 Observación CDPD núm. 1 (2014), § 22.

57 Observación CPPD núm. 1 (2014), § 41 y 42.

58 De acuerdo con SZMUKLER, G.: "Capacidad, mejores intereses, voluntad y preferencias y la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidades de las Naciones Unidas", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 37-38.

59 En línea, por lo demás, con la redacción dada al art. 9.5 (actual art. 9.7) Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente por la Ley 26/2011 que mantiene excepcionalmente el consentimiento por sustitución, no sin incidir en la necesidad de favorecer su prestación por el interesado, vía el ofrecimiento de las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formato adecuado. Con todo, tras la aprobación de la ley 87/2021 se impone una relectura de dicho precepto al objeto de suprimir el supuesto referido a personas con capacidad modificada judicialmente.

60 Observación general CDPD núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, § 32, 44 y 45. Tal es la posición, asimismo, sustentada por el Comité de Bioética de España en su *Informe 2017*, p. 29.

7ª. La persona con discapacidad debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento; esto es, se deja en sus manos si recibe o no apoyo⁶¹. Personalmente me permito discrepar de esta directriz, por cuanto no hace sino llevar al extremo la sustitución del modelo proteccionista por el liberacionista que propugna el Comité, pero, creo, sin calibrar sus últimas consecuencias; esto es, la posible situación de desprotección de un importante colectivo de personas que, sin apoyo necesario, no pueden llevar una vida digna, cuando no se olvide, uno de los principios rectores de la Convención es el de la dignidad inherente a la persona ex art. 3.a⁶².

8ª. Los procesos dirigidos a la provisión de apoyos deben dotarse de las salvaguardias necesarias para “garantizar que se respeten la voluntad y preferencias”⁶³. De nuevo, el Comité pone el acento exclusivamente en la voluntad y las preferencias, olvidando que el art. 12.4 Convención establece, de un modo más amplio, la necesidad de proporcionar salvaguardias adecuadas para impedir abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos” y, acto seguido, señalar que tales salvaguardias asegurarán la voluntad y preferencias de la persona, pero también que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

9ª. La prestación de apoyo no debe depender de una evaluación de la capacidad mental, requiriéndose, en su lugar, indicadores “nuevos y no discriminatorios”⁶⁴. Se aborda aquí una cuestión muy discutida y ajena al ámbito estrictamente jurídico, como es la relativa al papel que ha de darse al diagnóstico de la discapacidad⁶⁵. Por mi parte, considero matizable el rechazo absoluto del Comité al método del diagnóstico. Así, aunque coincido en su apreciación de que la discapacidad no puede tratarse exclusivamente desde una perspectiva médica sin otra referencia que el diagnóstico, como ha sucedido hasta ahora, no creo, sin embargo, que pueda prescindirse totalmente del mismo, sino más bien tratar de conjugarlo -que no sustituirlo como recomienda el Comité- con otros indicadores. Se impone así la adopción de un *sistema de mesa redonda* o de colaboración interprofesional,

61 Este planteamiento se encuentra ya presente en el § 19 de la Observación, cuando afirma que “algunas personas con discapacidad [...] pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3º”. Hace suya esta interpretación el Relator Especial UN sobre los derechos humanos en su *Informe especial sobre capacidad*, cit., § 27.

62 Como sostiene CANIMAS BRUGÉ, J.: “Decidir”, cit., p. 24. Complementariamente, resulta muy sugerente el argumento de la “heterorregulación” o posible imposición de un sistema de apoyos por los poderes públicos que esgrime DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe?”, cit., pp. 2256-2258, para negar la existencia del derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad.

63 Vid. en la misma línea, el *Informe 2018 del Relator Especial UN sobre los derechos humanos*, cit. § 30.

64 Como motivos para tal rechazo, el CDPD esgrime, primero, su aplicación discriminatoria a las personas con discapacidad y, segundo, su dudosa exactitud a la hora de evaluar el funcionamiento interno de la mente humana (§ 15) sin ofrecer argumentos adicionales al respecto.

65 Sobre este debate puede consultarse FLYNN, E.: “El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU”, *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 50-51.

en el que se dé entrada a profesionales, ya no sólo del ámbito sanitario, sino de otros ámbitos igualmente relevantes como el asistencial o jurídico⁶⁶, al objeto de delimitar las concretas necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, en función de la interrelación existente, en cada caso, entre la deficiencia que pueda padecer o, más propiamente, la incidencia de la misma en su proceso de toma de decisiones (que habrá de evaluarse)⁶⁷ y las barreras de todo tipo a las que se enfrente en los diferentes ámbitos de su vida.

B) Observaciones generales complementarias.

Posteriormente, el CDPD ha formulado dos observaciones generales que, aunque atinentes a otros preceptos de la Convención, le han permitido ratificarse en la lectura del art. 12 que promueve: las Observaciones núm. 5 (2017) y núm. 6 (2018), referidas respectivamente a los arts. 19 y 5.

a) Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad.

La primera de ellas, la Observación núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la sociedad, tiene por objeto “ayudar a los Estados parte a aplicar el art. 19 Convención”⁶⁸, precepto que reconoce, en coherencia con el modelo social, el derecho de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en comunidad, con libertad de elegir su sistema de vida.

En lo que aquí interesa, el CDPD pone de relieve la estrecha interrelación de ambos derechos. Así, el derecho a la vida independiente entraña una dimensión personal, no tanto en el sentido de vivir solo o a llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo, sino como libertad de elección y de control del modo de vida, en consonancia con el respeto a la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el art. 3 Convención⁶⁹; ello sin descartar la asistencia personal necesaria para facilitar su existencia a que se refiere el propio art. 19.b, a prestar en todo caso bajo la supervisión del usuario⁷⁰.

66 En palabras de PAU, A.: “De la incapacitación”, cit., p. 26. Vid. en términos similares la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma*, cit., 2016, p. 8.

67 Evaluación que habrá de verificarse “de modo prudencial y razonado, valorando las circunstancias del caso, la historia clínica anterior, la evaluación psicopatológica actual, el apoyo familiar y social, los valores del paciente, y las consecuencias previsibles de la decisión a tomar” (cfr. VENTURA FACI, T., NAVIO ACOSTA, M., ÁLVAREZ MARRODÁN, I. y BAÓN PÉREZ, B.: “La evaluación de la capacidad y sus problemas”, *EIDON*, núm. 41, 2014, p. 22.

68 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 6.

69 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 16.a. y 18.

70 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 16.d.

En cambio, el derecho a la inclusión en comunidad entraña una dimensión social, esto es, el derecho a crear entornos inclusivos que garanticen a las personas con discapacidad llevar una vida social plena, lo que excluye, a juicio del Comité, los entornos institucionalizados, ya sean grandes instituciones, pequeños hogares funcionales o, incluso, hogares individuales⁷¹.

A partir de ahí, el Comité considera que una correcta lectura del art. 19, debidamente conjugado con el art. 12, pasa, de una parte, por garantizar a todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, el derecho a ejercer su capacidad jurídica y, por tanto, a decidir dónde, con quién y cómo vivir, así como a recibir apoyo con arreglo a su voluntad y preferencias⁷²; y de otra, por elaborar un plan de acción para que las personas con discapacidad vivan de forma independiente en el seno de la comunidad⁷³. Por consiguiente, es obligación de los Estados parte abstenerse e impedir toda injerencia directa e indirecta en el ejercicio de estos derechos, así como eliminar la institucionalización⁷⁴.

Se trata así de garantizar el pleno respeto a la autonomía de las personas con discapacidad en orden a la configuración de su modelo de vida, lo que requiere una nueva visión por parte de la sociedad y, por ende, de todos los agentes implicados, de tal manera que la prestación de apoyos (tanto formales como informales, parafraseando al CDPD) se dirija, ya no a organizar su vida, sino a fomentar el máximo desarrollo de su autonomía personal, a la par que su inclusión en la comunidad⁷⁵. Pero -añado- velando, en todo caso, por su derecho a una vida digna.

b) Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación.

En segundo lugar, debemos reparar en la Observación núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, formulada por el CDPD con el fin de "aclarar las obligaciones de los Estados parte" en relación con el principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación por razón de discapacidad del art. 5 Convención⁷⁶.

71 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 18, 21 y 16.c. En la misma línea, las *Directrices Comunes Europeas para la Transición de la Atención Institucional a la Atención Comunitaria 2012* recomiendan el tránsito a nivel europeo de la atención institucional a la atención basada en los "servicios de proximidad", dirigidos a propiciar la inclusión social de las personas con discapacidad (URL: https://deinstitutionalisationdotcom.files.wordpress.com/2018/04/common-european-guidelines_french-version.pdf, consultada el 31/08/2021)

72 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 38 y 80.

73 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 38 b.

74 *Observación CDPD núm. 5 (2017)*, § 47 a 50.

75 Se impone así, como defiende Plena Inclusión en su Informe 2020 *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)*, pp. 39-43, un nuevo enfoque en las metodologías de apoyo a las personas con discapacidad, de tal manera que se potencien las medidas centradas en la persona, a la par, cuando ello sea posible, en la prevención (URL: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/saad_2020-2.pdf, consultada el 31/08/2021).

76 *Observación CDPD núm. 6 (2018)*, § 1.

En lo que aquí interesa, el Comité pone de relieve la estrecha interrelación entre dicho precepto y el art. 12 Convención, “ya que la igualdad ante la ley debe incluir el disfrute de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Califica así de discriminatoria “la denegación de la adopción de decisiones sobre la base de la discapacidad”⁷⁷.

A partir de ahí, el Comité considera que una lectura “coherente” de los arts. 5 y 12 Convención exige que los Estados parte reformen sus legislaciones internas para reemplazar los sistemas de sustitución por otros de apoyo en la adopción de decisiones por parte de las personas con discapacidad, “teniendo en cuenta la capacidad jurídica universal de los adultos, sin discriminación de ningún tipo”⁷⁸. Se ofrece así, de nuevo, por parte del Comité una lectura no ajustada a la literalidad de la Convención, más allá que, como ya he apuntado con anterioridad, personalmente considere que la adopción de decisiones autónomas en los diferentes ámbitos de la vida viene condicionada por la concreta capacidad de autogobierno del sujeto y que, por tanto, no pueda calificarse de atentatorio al principio de igualdad el permitir que se supla excepcionalmente la voluntad de una persona adulta cuando sus facultades intelectivas y volitivas le impidan autogobernarse por sí misma, de tal manera que otro tipo de apoyo de menor intensidad se revele insuficiente para la debida protección de sus intereses⁷⁹.

2. Observaciones específicas a España.

Junta a estas Observaciones generales dirigidas a todos los Estados parte de la Convención, interesa reparar ahora en las Observaciones dirigidas específicamente a España por el CDPD en 2011 y 2019⁸⁰.

Ambas Observaciones acogen favorablemente la adopción de una serie de medidas legislativas dirigidas parcialmente a adecuar el Derecho español a la Convención UN 2006⁸¹.

No obstante lo anterior, el Comité manifiesta su preocupación por el hecho de que el Derecho español permita la privación de la capacidad por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución la adopción de toma de

77 Observación CDPD núm. 6 (2018), § 47.

78 Observación CDPD núm. 6 (2018), § 49.

79 Vid. en términos igualmente críticos ALEMANY, M.: “Igualdad”, cit., pp. 202-204.

80 A consultar en <https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>.

81 En particular, las *Obs. Finales CDPD 2011* (§ 33) valoran positivamente la aprobación de la Ley 26/2011 de adaptación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Por su parte, las *Obs. Finales CDPD 2019* (§ 4) muestran su conformidad con la reforma atinente al reconocimiento del derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad en virtud de la LO 2/2018 de modificación de la LO 5/1985 del Régimen Electoral General.

decisiones. Por ello, recomienda al Estado español de que derogue por completo el sistema de sustitución en la toma de decisiones⁸².

Por lo que hace, en concreto, a la toma de decisiones en el ámbito sanitario, el Comité recomienda al Estado español que derogue, primero, el art. 763 LEC relativo al internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y, en general, de todas aquellas normas que imponen tratamientos médicos forzosos por motivos de discapacidad, “a fin de garantizar que las disposiciones relativas a la salud mental tengan un enfoque basado en los derechos humanos”⁸³; y, segundo, el art. 156.2 Cp referente a la esterilización forzosa de las personas con discapacidad⁸⁴.

Por añadidura, el CDPD manifiesta su preocupación por la falta de consonancia de diversas leyes españolas (entre ellas, el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013 y la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal) con la Convención UN 2006 y el modelo de discapacidad en que se inspira (según el cual “la discapacidad se reconoce en relación con las deficiencias y las barreras presentes en el entorno social”), por cuanto siguen utilizando el modelo médico de la discapacidad. Por ello, recomienda al Estado español que revise las leyes y políticas relativas a la prestación de servicios a las personas con discapacidad, de conformidad con los principios consagrados en la Convención y, por ende, en consonancia con el modelo social de discapacidad que la inspira⁸⁵.

Por último, en estrecha conexión con lo anterior, le recomienda, en línea con la Observación núm. 6 (2018), ponga fin a la institucionalización de las personas con discapacidad y establezca, en su lugar, salvaguardias para garantizar su derecho a la asistencia personal para que puedan vivir de forma independiente⁸⁶.

82 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 33 y 34) y *2019* (§ 22 y 23).

83 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 35 y 36) y *2019* (§ 27 y 34). Esta recomendación ha sido omitida en la reforma de la LEC por la Ley 8/2021, lo que, a mi entender, hubiera sido muy necesario. Es más, quizá hubiera sido oportuno ya en este momento abordar el tema del consentimiento informado para darle entrada en el CC.

84 *Obs. finales CDPD 2011* (§ 37 y 38) y *2019* (§ 34). Esta recomendación ha sido acogida por la LO 2/2020, de 16 diciembre, aprobada al objeto de suprimir el art. 156.2 Cp.

85 *Observaciones finales CDPD 2019* (§ 6 y 7). Se impone en este sentido la adaptación de los procesos de valoración de la discapacidad y dependencia a los nuevos postulados de la Convención UN 2006, de tal manera que, como postula Plena Inclusión en su *Informe 2020*, cit., p. 38, “se incorpore un enfoque centrado en las necesidades de apoyo, en lugar del enfoque en grados de dependencia”, a la par que “se realice una evaluación integral que incluya no sólo necesidades básicas de la vida diaria sino también objetivos personales que promuevan una vida independiente y elegida”. Un primer paso en este sentido ha sido dado por CERMI-Universidad Carlos III en enero 2021 con la presentación de un *Informe propuesta para regular la condición europea de persona con discapacidad y la homologación de situaciones entre los Estados miembro* (URL: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2021/02/informe-condicion-europea-persona-con-discapacidad.pdf>).

86 *Observaciones finales CDPD 2019* (§ 38). En este sentido, no deja de ser alarmante la ausencia en nuestro país a fecha de hoy de políticas específicas dirigidas a promover la desinstitucionalización y la vida en comunidad de las personas con discapacidad, según hace constar Plena Inclusión, *idem*, p. 37.

V. BREVE APUNTE SOBRE LA ADECUACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESTATAL DE APOYOS DISEÑADO POR LA LEY ESTATAL 8/2021 A LA CONVENCIÓN UN 2006.

No puede cerrarse este trabajo sin hacer unas breves reflexiones sobre los compromisos asumidos por la Ley 8/2021 a la luz de los postulados de la discapacidad que propugna la Convención UN 2006. Es así de destacar el importante esfuerzo desplegado por el legislador estatal, al objeto de adaptar tanto el Código civil como la legislación procesal civil a las exigencias de la Convención, pero, en buena medida, sin dejarse llevar por las tesis más extremas por las que aboga el Comité en sus observaciones.

En primer lugar, coincido plenamente en la supresión y consiguiente sustitución del actual proceso de incapacitación por un proceso de provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad (arts. 748 ss. LEC y arts. 42 bis.a ss. LJV). Este nuevo procedimiento, según se indica en el Preámbulo (§ III), “sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos”, en línea con la interpretación de la Convención que aquí se sustenta, contraria a la limitación de la capacidad de obrar. Sucede, sin embargo, que en la Ley 8/2021 se ha puesto el acento exclusivamente en el motivo que justifica la provisión judicial de apoyos (que la persona con discapacidad no cuente con otros apoyos, ya sea la guarda de hecho o una medida voluntaria ex arts. 249.1 *in fine* y 268.1 CC), pero renunciando a describir las causas que determinan la necesidad de apoyo, lo que, por lo demás, constituye una constante en el texto definitivamente aprobado. Se rehúye, de este modo, por parte del legislador estatal de ofrecer una definición de la discapacidad, sin duda, con intención de desvincularse de toda reminiscencia del modelo médico presente en la definición de las causas de incapacitación del antiguo art. 200 CC, pero a su riesgo de una innecesaria indefinición que quizá hubiera podido evitarse acogiendo la noción que ofrece la Convención UN 2006⁸⁷. No obstante lo anterior, son aspectos a valorar muy positivamente la exigencia relativa a que el Juez en cada caso determine los actos que requieran la intervención de curador (art. 269.2 CC); el carácter necesariamente proporcionado (art. 268.1 CC) y revisable de las medidas judiciales de apoyo (art. 268.2 CC, art. 761 LEC y art. 42 bis.c LJV); y la importante modificación de que es objeto el sistema de prueba en línea con el modelo de la discapacidad que inspira la Convención, sustituyéndose la exploración judicial por la entrevista con la persona con discapacidad y el dictamen médico exclusivo por dictámenes de profesionales ya no sólo del ámbito sanitario,

87 No resulta muy clarificadora al respecto la nueva redacción dada a la DA 4ª CC por la Ley 8/2021, según la cual, como regla, “toda referencia a la discapacidad habrá de entenderse a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

sino también jurídico y social que, no tanto diagnostiquen la deficiencia, sino “que aconsejen las medidas de apoyo idóneas en cada caso” (art. 759 LEC y art. 42 bis.b LJV).

En segundo lugar, no puedo sino compartir el criterio del legislador estatal, favorable a potenciar las medidas voluntarias de apoyo, por cuanto guarda la debida coherencia con el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, principal eje en torno al que gravita el nuevo sistema diseñado por la Convención. De este modo, se mantienen los instrumentos ya contemplados en el CC (los poderes-mandatos de autoprotección y la delación hecha por uno mismo), pero se les atribuye preferencia sobre las medidas judiciales de apoyo (art. 255.2 CC), a la par que se les dota de un régimen jurídico bastante detallado, aunque muy matizable en algunos extremos y, en particular, en el concerniente a la pérdida de carácter tradicionalmente anticipatorio⁸⁸. Es más, debe ponerse en valor el importante protagonismo otorgado por la Ley 8/2021 a la persona con discapacidad, ya no sólo a la hora de configurar el sistema de apoyos de que pueda necesitar, sino en general en el proceso de toma de decisiones, de tal manera que el necesario respeto a su voluntad y preferencias (constatada o presunta) se convierte en una constante a lo largo de todo el articulado (v.g. arts. 249.2 y 3, 250.2, 254, 258, 264, 268.1, 276.4, 282.3, 283.1, 288, 297 y 665 CC, y art. 749.1.2 LEC). No obstante, más allá que considere plausible esta solución legislativa, creo que tal criterio podría haberse conjugado con el del mejor interés de la persona con discapacidad, en vez de haberse optado por la supresión de este último como propugna el CDPD y asume el legislador español.

En tercer lugar, participo de la decisión de suprimir tanto la tutela -ordinaria y automática⁸⁹- de adultos como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, por resultar contrarias a los principios de la Convención y, por ende, para evitar el riesgo de que se siga recurriendo, como regla, a estas medidas de sustitución absoluta en la toma de decisiones y, por ende, excesivamente rígidas, como se señala en el propio Preámbulo (§ III).

Complementariamente, me parece muy oportuno el mantenimiento de la curatela como medida de apoyo continuado a la par que flexible (art. 250.5 CC), preferentemente asistencial, pero sin descartar la representación en casos

88 Como análisis en otro lugar: “Medidas voluntarias de apoyo”, en AA.VV.: *Nueva era jurídica para las personas con discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (dir. G. CERDEIRA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, Madrid (en prensa).

89 Suprimida la tutela automática de las personas adultas, la ley 8/2021 no prevé una medida de apoyo alternativa para aquellas personas con discapacidad que puedan encontrarse en desamparo por incumplimiento de las funciones que tengan asignadas aquellas personas que les deben prestar apoyo. Ello más allá de introducir en el art. 253 CC una nueva figura de apoyo provisional a dispensar por la “Entidad pública que tenga encomendada esta función en el respectivo territorio” para quienes requieran apoyo de modo urgente en ejercicio de su capacidad jurídica y carezcan de guardador de hecho o, entiendo, de otra medida de apoyo voluntario o judicial.

excepcionales en los que resulte imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (arts. 249.3 y 269.2 CC). De este modo, conforme a la tesis que aquí se sustenta, sus redactores han interpretado en sus justos términos el término “apoyo” que introduce el art. 12.3 Convención UN 2006, en el sentido de no excluir de modo absoluto las medidas sustitutivas, más allá de las Observaciones del Comité.

No puedo, sin embargo, dejar de cuestionar la extensión del ámbito de actuación de que ha sido objeto el defensor judicial, en cuanto se le da entrada en todas aquellas situaciones en que sea necesario apoyo ocasional, aun “recurrente” (arts. 250.3 y 295-5° CC). Se han desvirtuado así los caracteres propios de esta figura, a la par que no se clarifica en que habrá de consistir ese apoyo a prestar por el titular de la medida. A mi entender, quizá hubiera sido más oportuno incorporar adicionalmente una medida similar a la asistencia catalana (arts. 226-1 a 226-7 CCcat), la salvaguarda de justicia francesa (arts. 433 a 439 CC francés) o la administración de apoyo italiana (arts. 404 a 412 CC italiano) como medida de apoyo menos invasiva que la curatela, cuando se requiera de apoyos de carácter puntual, a la par que periódicos.

Por último, me permito formular alguna reserva acerca de la potenciación de que ha sido objeto la guarda de hecho, que pasa a convertirse en una institución jurídica de apoyo, desvinculándose en este punto de la Observación núm. 1 (2014) CDPD. Así, aunque no deje de reconocer que la Ley 8/2021 viene a consagrar lo que constituye una realidad habitual en nuestro país, como advierte en su Preámbulo (§ III), son muchos los reparos los que me plantea el nuevo régimen previsto en los arts. 263 a 267 CC desde la perspectiva de los principios rectores de la Convención UN 2006 (en particular, los de dignidad de la persona, temporalidad y revisión necesaria, y apoyo desinteresado y leal), toda vez que, a mi juicio, se le atribuye la misma eficacia que la curatela, pero sin dotarla de sus mismas garantías. Así, aunque el art. 265 CC no deja la guarda de hecho al margen del control judicial, éste se configura con carácter facultativo y no obligatorio como en la curatela ex art. 270 CC, ello sin olvidar que dicha previsión no ha venido acompañada de la necesaria imposición al guardador de hecho de la obligación de poner en conocimiento del Juez su existencia ni tampoco de un régimen de publicidad *ad hoc* o, al menos, de algún mecanismo dirigido a acreditar su existencia.

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (dir. L.C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

AA.VV.: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, (coord. S. DE SALAS MURILLO), Dykinson, Madrid, 2013.

AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

AA.VV.: *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, (*Cuadernos de la Fundación V. Grafols* 39), 2016.

AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. PEREÑA), Dykinson, Madrid, 2018.

AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS y V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AA.VV.: *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA y L.B. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación general n.º. 1 (2014) del Comité (UN) sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 262-266.

BARRANCO, M.C., CUENCA, P. y RAMIRO, M.A.: "Capacidad jurídica y discapacidad; el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario de la Facultad De Derecho-Universidad de Alcalá*, núm. V, 2012, pp. 53-80.

CALDAS DE ALMEIDA, J.M.: "El artículo 12 de la CRPD, los límites de enfoques reduccionistas en aspectos complejos y la búsqueda necesaria de concertación", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 127-152.

CARRASCO PERERA, Á.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Publicaciones jurídicas CESCO*, 2018, pp. 2-3 (URL: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf).

CUENCA GÓMEZ, P.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 81-99.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.

FLYNN, E.: "El rechazo de las evaluaciones de capacidad a favor del respeto por la voluntad y las preferencias: la promesa radical de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades de la ONU", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 50-51.

GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 59-148.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

LÓPEZ BARBA, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", *Anales de Derecho y discapacidad*, núm. 1, 2016, pp. 9-28.

MUNAR BERNAT, P.A.: "La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152.

PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F.J.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

PASTOR PALOMAR, N.: "Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 11-34.

PAU, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.: "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley", *RDC*, 2018, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 61-83.

PÉREZ BUENO, L.C.: "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*, núm. 1, 2016, pp. 177-184.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: "La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", *DPyC*, núm. 23, 2009, pp. 335-368.

PORXAS ROIG, M.A.: "Un análisis del impacto en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: La capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *UNED. Revista de Derecho político*, núm. 103, 2018, pp. 355-379.

RAMS ALBESA, J.: "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (reflexión sobre estos conceptos jurídico esenciales, tratados como lugares comunes", *RCDI*, núm. 27, 2011, pp. 211-296.

RUEDA ESTRADA, J.D., ZURRO MUÑOZ, J.J. Y FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J.C.: "El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas", *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2014, pp. 81-118.

STEINERT, T.: "La interpretación de *voluntad y preferencias* por el Comité de la ONU puede violar los derechos humanos", *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 51-53.

SZMUKLER, G.: “Capacidad, mejores intereses, voluntad y preferencias y la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidades de las Naciones Unidas”, *World Psychiatry*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 34-42.

VALLEJOS, I.: *Entre el modelo médico y el modelo social, algunas reflexiones sobre conceptos y prácticas* (URL: <http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf>).

VELARDE LIZAMA, V.: “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, pp. 115-136.

VENTURA FACI, T., NAVÍO ACOSTA, M., ÁLVAREZ MARRODÁN, I. y BAÓN PÉREZ, B.: “La evaluación de la capacidad y sus problemas”, *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 12-27.

