

# La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: impacto del artículo 12 en la capacidad jurídica y las figuras de protección en vista de una posible reforma legislativa

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: impact of Article 12 on legal capacity and protection figures foreseeing a possible legislative reform

Ferran Blanco Ros<sup>1</sup>

## Resumen

Las previsiones del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad suponen una ruptura en la manera en que interactuamos con las personas con discapacidad desde el punto de vista jurídico y social. Obliga a repensar y redefinir los paradigmas en los que se basan las figuras de protección dirigidas a este colectivo desplegadas en el Código Civil de Cataluña y, por extensión, el papel del trabajo social.

**Palabras clave:** (Dis)capacidad, capacidad jurídica, tutela, apoyo en la toma de decisiones.

## Abstract

The Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities represents a rupture in the way we currently interact with people with disabilities from a social and legal point of view. It forces to rethink and redefine the paradigms on which protection figures are based and subsequently deployed into Catalonia's Civil Law Code and, by extension, the role of Social Work.

**Key words:** (Dis)ability, legal capacity, guardianship, decision-making support.

**Para citar el artículo:** BLANCO ROS, Ferran. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: impacto del artículo 12 en la capacidad jurídica y las figuras de protección en vista de una posible reforma legislativa. *Revista de Treball Social*. Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya, abril 2016, n. 207, páginas 155-162. ISSN 0212-7210.

<sup>1</sup>Trabajador social de la Fundación tutelar de las comarcas gerundenses.

### Introducción

*La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*<sup>2</sup> (a partir de este punto emplearé el acrónimo *CDPD* para referenciarla) supone un avance importante para todos aquellos que consideramos que la consecución de una sociedad más justa, igualitaria y equitativa es posible. La *CDPD*, por su carácter general como tratado internacional afecta a toda la población de un país pero, en especial, a las personas sujetas a una deficiencia de carácter físico, psíquico, intelectual o sensorial, ya que nace con el objetivo de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos –añadiendo una capa de concreción legal transversal al desarrollo de estos– para todas las personas con discapacidad y promocionar el respeto de su dignidad inherente.

Sin embargo, la *CDPD* se encuentra actualmente en un *impasse* jurídico y legislativo por diferentes motivos sometidos a discusión: por un lado podemos teorizar sobre la imposibilidad de llevarla a cabo efectivamente, sobre la falta de una voluntad política decidida, valiente y resolutiva al respecto o bien podemos aducir que faltan mecanismos suficientemente específicos, claros o proporcionales que se adecuen a lo que se prevé alcanzar con la *CDPD*. Este artículo intenta enderezar alguna de estas cuestiones desde una perspectiva holística aplicada desde el trabajo social.

Laboralmente, el profesional del trabajo social se puede ubicar en muchos ámbitos: sociosanitario, de atención a las personas con discapacidad, de atención desde los servicios sociales básicos o especializados o de atención desde cualquier otro recurso público o privado donde la figura del trabajador social esté presente. Debido a esta diversidad profesional en el ejercicio de un trabajo concreto con unas bases compartidas, este artículo pretende ser una herramienta para todos aquellos que ejerzan la profesión focalizando en los posibles cambios que se pueden producir en el marco legal que afecten a su tarea y, de rebote, a sus beneficiarios.

### La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Parece incuestionable asumir que porque se haya llegado al punto de configurar un tratado de esta magnitud, es requisito previo la constatación de la vulneración sistemática de determinados derechos de las personas con discapacidad. De manera gráfica, podemos comprobar en la siguiente clasificación cuáles son los derechos más afectados y los entornos donde la probabilidad en que se produce esta vulneración es mayor (DREW, 2011).

---

<sup>2</sup> Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de Noviembre de 2007 (publicada en el BOE el 21 de abril de 2008).

Derechos humanos más vulnerados según usuarios de los servicios de salud mental en orden descendiente

- Exclusión, marginación i discriminación a la comunidad
- Negación o restricción de derechos y oportunidades laborales
- Abuso y violencia física
- Imposibilidad de acceder a servicios de salud mental efectivos
- Abuso o violencia sexual
- Detención arbitraria
- Denegación de la oportunidad de contraer matrimonio o formar una familia
- Falta de medios para ejercer su independencia en la comunidad
- Denegación de servicios de salud básicos
- Explotación económica

Entornos más susceptibles donde se puede producir la violación de los derechos humanos en orden descendiente

- Espacios públicos de la vida ordinaria
- Hogar y entorno familiar
- Entorno laboral de facto o potencial
- Instituciones psiquiátricas i de salud mental
- Hospitales y centros de salud
- Prisiones, dependencias del sistema policial y del sistema legal
- Administraciones del Estado y servicios oficiales
- Entorno académico (escuelas, institutos...)

## Impacto del artículo 12 de la CDPD en el ámbito internacional y nacional

La CDPD –a través del artículo 12– unifica bajo el paraguas de Capacidad Legal, la dimensión estática (capacidad jurídica) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar) de la subdivisión del mismo concepto que hace el ordenamiento jurídico español, fusionando indivisiblemente la titularidad de un derecho con la aptitud del individuo para actuar de forma efectiva en las relaciones jurídicas en que interviene. Este hecho genera debate a nivel internacional a raíz de la necesidad o no de adaptar el corpus legislativo de cada país a los requerimientos de la CDPD en cuanto a las medidas de protección legal vigentes, es decir, la forma en que el estado a través de los órganos judiciales procede a limitar *la capacidad de ejercicio* de un derecho de algunos de sus ciudadanos al considerar que requieren una protección especial en comparación con los demás.

En el ámbito nacional han surgido dos interpretaciones a priori opuestas: la primera de ellas sostiene que los mecanismos de protección jurídica de las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento jurídico se oponen completamente a las previsiones del *artículo 12 de la CDPD*, ya que limitan la capacidad de obrar de las personas con discapacidad produciendo *discriminación* en el ejercicio de derechos concretos y, consecuentemente, hay que derogar, abolir o reformar totalmente el corpus legislativo. La otra interpretación sostiene que el sistema patrio de protección es compatible con lo que establece el mencionado artículo y que solo hay que adaptarlo, ajustarlo o complementarlo para cumplir las previsiones de la CDPD. Veámoslo con más detalle:

El sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad en nuestro país se configura articulando diversos

mecanismos de protección entre los que la *incapacitación* contempla figuras como la *tutela*, la *curatela*, la *guarda de hecho* y el *defensor judicial*<sup>3</sup>. En el caso de Cataluña, se suman la *asistencia* y el *patrimonio protegido*. Es imprescindible distinguir entre aquellos mecanismos que actúan como mecanismos de representación de la persona sujeta a la medida judicial y, por tanto, parten de un modelo de sustitución en la toma de decisiones y aquellos que se convierten en un mecanismo complementario a la capacidad de la persona para tomar las decisiones por sí misma, configurándose desde un modelo de apoyo a la toma de decisiones. Así pues, podemos hablar de que la *tutela* se convierte en un mecanismo sustitutivo, ya que otorga facultades de representación a una tercera persona para determinados actos, la *curatela* se convierte en un mecanismo de complemento de capacidad para determinados actos y la *asistencia* –en el caso catalán– se configura como un mecanismo de apoyo en la toma de decisiones.

La primera de las interpretaciones antes introducidas defiende la abolición de los mecanismos sustitutivos en la toma de decisiones, ya que considera que en su aplicación concreta no existe garantía de que se respeten las preferencias y la voluntad de la persona a la hora de escoger la ruta de acción concreta para el ejercicio de un derecho, al contrario, el criterio o principio que guía al tutor o representante legal no es el respeto a la voluntad o preferencias de la persona sino que actúa en función del mejor interés objetivo para la persona sujeta a la medida. La crítica sostiene que muchas veces el mejor interés objetivo para la persona no es coincidente con la voluntad de la persona. Podemos imaginar el caso de una persona bajo tutela por una discapacidad mental que rechaza la adscripción a determinado tratamiento farmacológico, pero el tutor legal considera que el mejor interés objetivo para la persona pasa por la adscripción al tratamiento mencionado. Los detractores del modelo de sustitución de la toma de decisiones argumentan que la coerción ejercida por la medida judicial anula la autonomía y la autodeterminación de la persona al otorgar a un tercero el poder de decisión sobre esta –y otras cuestiones– produciendo una discriminación *de facto*. De esta manera, una aproximación basada en el mejor interés objetivo solo es justificable cuando se han agotado todas las vías posibles basadas en el apoyo al individuo para que pueda tomar su propia decisión siempre y cuando la decisión sustitutoria se base en la *mejor interpretación de la voluntad y las preferencias del individuo*.

La otra interpretación aduce que los mecanismos de sustitución en la toma de decisiones no generan ningún tipo de discriminación por razón de discapacidad, sino que se fundamentan en el déficit de la persona en relación con su capacidad natural o de autogobierno, es decir, la falta de capacidad para entender, valorar, decidir y operar en función de las consecuencias de una determinada acción, lo que justificaría la activación de medidas específicas

<sup>3</sup> Mecanismos regulados específicamente en los art. 199 a 313 del CC y en los art. 221-1 a 227-9 del CCC.

destinadas a su protección<sup>4</sup>. En la misma línea, la doctrina sostiene que el sistema vigente es flexible en la medida en que la autoridad judicial –vía sentencia– se encarga de establecer la extensión y límites de la medida, indicando qué actos puede realizar la persona por sí misma, cuáles debe realizar con complemento de capacidad y cuáles no puede realizar de manera individual. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014)

Como modelos teóricos que sustentan estas interpretaciones, podemos inferir que aquellos que son contrarios a la aplicación de cualquier mecanismo de modificación de la capacidad de obrar se basan en la crítica al modelo médico de la discapacidad como inspirador de las bases que sustentan el sistema. Se aduce que el sistema jurídico se configura basándose en la consideración de la persona normal (sic) como sujeto de derecho sobre la que se articula toda normativa (GOODING, 2015). La relación causa-efecto que propone el modelo médico presupone que existen en las personas determinadas características o capacidades cognitivas consideradas normales, apropiadas o deseables que las facultan o capacitan para decidir entre determinadas acciones en relación con la forma en que gestionan su vida o cómo ejercen sus derechos de manera correcta, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable (CUENCA GÓMEZ, 2014).

Entendiendo que esta manera de conceptualizar la persona de acuerdo con unos patrones estándares es ciertamente abstracta e idealizada, apuestan por el *modelo social de la discapacidad* (PALACIOS, 2008) que conceptualiza la discapacidad no solo en la existencia de la deficiencia, sino que propone que la influencia de los factores sociales y culturales la determinan en buena medida. La distinción terminológica entre deficiencia y discapacidad es importante en la medida en que el primero de los términos hace referencia a la condición física o mental del individuo, mientras que el segundo se refiere a la desventaja causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera insuficientemente, a las personas con deficiencias y por ello restringe, limita o incluso excluye, de la participación social.

El énfasis en la diferencia y en la deficiencia se ve ahora superado por un cambio de paradigma en positivo en la manera de aproximarnos a la discapacidad: ya no se trata de focalizar en los aspectos negativos sino de rescatar y acentuar las capacidades de las personas intentando acomodar las necesidades individuales y colectivas en la actividad económica, social y cultural. La capacidad jurídica no es un atributo natural en las personas, sino que es una construcción social propia del derecho que históricamente ha servido como mecanismo de exclusión del mundo del Derecho y de los derechos a determinados colectivos. Se aduce el hecho de que esta dicotomía entre capacidad-incapacidad y normalidad-diferencia ha privilegiado determinados tipos de capacidades y determinadas maneras de desarrollarlas en detrimento de la alteridad

<sup>4</sup> Argumento esgrimido por la STS. 282/2009 de 29 de abril.

en la forma de funcionar, lo que considera injustificable si consideramos que todas las personas en algún momento de nuestra vida nos encontramos superados por alguna situación y buscamos la ayuda y el apoyo de los demás y no por ello se nos considera incapaces desde un punto de vista jurídico. (CUENCA GÓMEZ, 2014).

### ¿Reformar y adaptar o derogar y reconstruir?

Si bien es cierto que el *Comité de la CDPD* insta a abolir las medidas de protección judicial basadas en mecanismos de sustitución en la toma de decisiones<sup>5</sup>, nuestro país se encuentra en un *impasse*, inmóvil, al respecto. Suprimir el procedimiento de incapacitación y adaptarse al artículo 12 implica fuertes reajustes en el Derecho patrio en cuanto a las medidas de protección a las personas. La *CDPD* apuesta por la implementación de mecanismos de apoyo a la toma de decisiones como alternativa a los mecanismos sustitutivos pero no especifica cuáles son estos mecanismos ni concreta la forma ni el contenido de manera específica, dejando a la imaginación de los estados adheridos su desarrollo.

Los mecanismos de apoyo en la toma de decisiones suponen una revolución a la hora de aproximarnos a la protección de los derechos de las personas en esta situación específica de necesidad pero al mismo tiempo plantean una serie de problemas difíciles de resolver. Estos mecanismos se basan en la complementación de la capacidad natural e inherente a todas las personas de tomar decisiones en la medida en que, por parte de terceras personas, se ofrece apoyo individualizado en aquellas áreas o cuestiones que la persona desee o manifieste. Partiendo desde la voluntariedad y el entendimiento mutuo, en este sistema se establece una relación de confianza –contrariamente a los sistemas de sustitución en los que la relación es de carácter paternalista– que posibilita que la persona reciba asistencia para tomar su propia decisión reteniendo plenamente su capacidad legal. Además, como no hay intervención judicial, es revocable en cualquier momento a instancia de parte.

Abandonar totalmente cualquier sistema que limite la capacidad de obrar de una persona conlleva una serie de inconvenientes que hay que considerar: de entrada la inexistencia de mecanismos que salvaguarden –como es el caso de la rendición de cuentas requerida al representante legal– que las personas de apoyo o terceras personas no manipulen a la persona ayudada por su propio beneficio sumiéndola en una situación *de fácto* de desprotección<sup>6</sup>. En segundo lugar, la retención de la plena capacidad a la hora de tomar decisiones por parte de la persona puede generar inseguridad jurídica en el momento en que implica al mismo tiempo la retención de la legitimación activa y la responsabilidad civil, lo

<sup>5</sup> (CDPD/C/GC/1, 19 de Mayo de 2014, párrafos 26, 28 y 50)

<sup>6</sup> Podemos pensar en el caso de una venta patrimonial muy por debajo del valor de mercado o en la firma de contratos con cláusulas abusivas, por ejemplo.

que pone en duda otras partes del marco legislativo, en especial las relativas a la anulabilidad de los actos o contratos adquiridos por estas personas. Estrechamente vinculado a este apartado, es imprescindible, pues, aceptar que estas personas se encuentran sujetas a asumir los riesgos, consecuencias y responsabilidades que implica tomar determinadas decisiones para garantizar cierto grado de seguridad jurídica respecto al carácter irrevocable de ciertas decisiones (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014).

## Aplicabilidad

Aunque Cataluña haya sido pionera en introducir la asistencia, la figura más cercana a los mecanismos de apoyo a la toma de decisiones que prevé la *CDPD* y la situación de incertidumbre e inmovilidad en cuanto a su aplicación, conviene no olvidar que los ordenamientos jurídicos de un país están diseñados de tal forma que permiten la máxima libertad posible a los ciudadanos regulando situaciones con carácter de mínimos y dejando margen de actuación más allá de lo que predisponen. Por este motivo es importante recalcar que disponemos de bastante margen operativo a parte -pero no al margen- de la ley para impulsar iniciativas que garanticen el equilibrio entre la protección de las personas con discapacidad y el ejercicio de sus derechos. En este sentido, la actuación desde la iniciativa pública y privada y la red de instituciones sin ánimo de lucro combinada con un uso adecuado y responsable de servicios ya existentes se convierten en una pieza clave para garantizar este equilibrio, especialmente las instituciones que desarrollan en la actualidad cargos tutelares, que parten desde una posición privilegiada a la hora de integrar este nuevo paradigma que nos propone la *CDPD*. No solo porque cuentan con una estructura organizativa desarrollada sino porque disponen de la experiencia y de los recursos técnicos y humanos necesarios para gestionar un posible cambio de modelo. Ciertamente, los profesionales que integran estas entidades desarrollan su labor acostumbrados a tratar con los problemas, cuestiones o asuntos de personas con diversas medidas de protección jurídica así como disponen de cierto grado de familiarización con la manera en que los usuarios toman las decisiones, expresan sus deseos o manifiestan sus aspiraciones.

## Redefinición de la labor del T.S.

La materialización efectiva de los avances que supone este nuevo paradigma no depende exclusivamente de una reforma legislativa y de la aceptación de los gobiernos y su actitud hacia su implementación, sino que depende también del papel de las organizaciones y entidades que trabajan para capacitar a las personas y del grado de implicación de los profesionales que trabajan en ello. Saber que se aproxima un cambio en la forma en que se conceptualizan

y se aplican las medidas de protección jurídica es de especial interés para todos los profesionales del sector en la medida en que contribuye a sensibilizar y generar una actitud diferente –que puede o no conducir al cambio– para con los paradigmas tanto en referencia a los modelos de protección como a los de construcción de la discapacidad. Parece lógico asegurar que la práctica profesional se enriquece en la medida que tener conocimiento de esta información permite mejorar las funciones de asesoramiento directo o indirecto y al mismo tiempo refuerza el papel de nexo que desarrolla el trabajador social como especialista en la interacción entre agentes sociales, públicos y privados (FANTOVA, 2008).

También es importante destacar el impulso que puede suponer para las herramientas propias del Trabajo Social, como la historia de vida, un cambio que sustituya la toma de decisiones en base al mejor interés objetivo para la mejor interpretación de la voluntad de la persona en aquellos casos en que no queda más remedio que tomar una decisión por representación. De manera similar, creo que el profesional debería y deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de velar por los intereses de la persona discapacitada cuando se trate de proteger su integridad física, económica y patrimonial en momentos de transición entre modelos, entendiendo que hay que apostar por el modelo de apoyo en la toma de decisiones –sea cual sea la forma final en que se materialice– como paso necesario para construir una sociedad más inclusiva y solidaria. No será corto ni fácil, pero la vida tampoco lo es y este hecho no nos impide trabajar para mejorarla y disfrutar de cada momento que nos ofrece.

### Bibliografía

- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observación general. *Núm. 1, Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/GC/1, 19 de Mayo de 2014. Genève: United Nations.
- CUENCA GÓMEZ, P. *El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*. REDUR, 2012, núm. 10, págs. 61-94. ISSN 1695-078X.
- DREW, N. [et al.]. *Human rights violations of people with mental and psychosocial disabilities: an unresolved global crisis*. Global Mental Health, 2001, núm. 6, 2011. DOI: 10.1016/S0140-6736(11)61458-X.
- FANTOVA, F. *Sistemas públicos de servicios sociales: nuevos derechos, nuevas respuestas*. 1ª Edición. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008. ISBN 978-8498308761.
- GOODING, P. Navigating the ‘Flashing Amber Lights’ of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns. *Human Rights Law Review*. 2015, 15(1), págs. 45-71. ISSN 1461-7781.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. 1ª edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014. ISBN 978-8490592960.
- NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Nueva York, 13 de Diciembre de 2006. Genève: United Nations.
- PALACIOS, A. *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 1ª edición. Madrid: Cinca, 2008. ISBN 978-8496889330.