

**La efectiva aplicación de la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006.  
Cuestiones pendientes en la aplicación de los Arts. 12 y 13 de la Convención,  
conforme a las Observaciones del Comité de los Derechos de las Personas con  
Discapacidad de Naciones Unidas.**

**Carlos Ganzenmüller Roig.**

**Fiscal del Tribunal Supremo. Sala Primera.**

## RESUMEN

*El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, que cumplió diez años el pasado mes de diciembre, establece el modelo de derechos humanos para este sector de la población, considerando a la persona con discapacidad como un ciudadano de pleno derecho en su comunidad, conforme a la perspectiva del modelo social.*

*En palabras de Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006), “El sistema de derechos humanos actual tiene por objeto promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad pero las normas y los mecanismos existentes de hecho no proporcionan protección adecuada para los casos concretos de personas con discapacidad.*

*Como consecuencia de la convicción de parte de la comunidad internacional respecto a las bondades de instrumentos internacionales que aludan a problemáticas concretas, desde la década de los ochenta cobró fuerza la idea de elaborar una convención temática sobre los derechos de las personas con discapacidad. Evidentemente es hora de remediar ese defecto”.*

*La necesidad de este Tratado sobre Derechos Humanos se fundamenta en la tradicional infraprotección otorgada a las personas con discapacidad, aun existente, en otros Tratados.*

*La discapacidad es, conforme a su Art. 1, el resultado de la interacción con barreras que experimenta una persona que presenta deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales (psicosociales), produciendo un impacto específico en su participación plena y efectiva en la sociedad; y que desde los principios de igualdad y no discriminación y los diversos derechos que les competen, implica, no solo su teórica declaración, sino su ejercicio efectivo.*

*El Comité de Expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es el órgano especialmente encargado de la revisión de los informes de los Estados Partes, que mediante un proceso reglado concluye en la emisión de Observaciones Finales consistentes en recomendaciones de implementación. También es competente para el examen de denuncias individuales y el análisis de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, que conozca de conformidad a los Protocolos Facultativos de la Convención.*

*Funciones complementarias del mismo, comprenden la interpretación de cuestiones altamente relevantes que realiza mediante Observaciones Generales, basadas en la detección de temáticas de acuerdo con el diagnóstico inicial extraído desde la jurisprudencia del mismo órgano.*

*De lo que se desprende la importancia de las Observaciones Generales emitidas hasta la fecha por el Comité, en relación al Derecho de “El igual reconocimiento como persona ante la ley (Art. 12) y el Derecho de Accesibilidad Art. 9), que son tratados ampliamente por los distintos Estados Partes, por la sociedad civil y otras organizaciones.*

*También analizaremos la Observaciones respecto al informe inicial de la Unión Europea, dada la notoria importancia de las mismas, al comportar nuevas exigencias a todos los países de la Unión.*

## **1. INTRODUCCIÓN. LA CONVENCION EN SU DÉCIMO ANIVERSARIO. CUESTIONES PENDIENTES EN LA APLICACIÓN DE LOS ART. 12 Y 13.**

1.1. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006, es el primer texto que en el ámbito del sistema universal de protección de los Derechos Humanos se refiere de manera específica a los derechos de las personas con discapacidad, y fue ratificada por España por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, junto a su Protocolo Adicional, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, formando parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el Art. 96.1 de la CE<sup>1</sup>.

Los Tratados internacionales no sólo “son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos” (STC 38/1981), sino que forman parte de su mismo contenido (STC 64/1991), y, “en la práctica” el contenido de los Tratados “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades” reconocidos en la Constitución (STC 36/1991). La importancia del Art. 10.2 CE., radica en que “eleva de facto” los tratados sobre derechos, y, por tanto, la Convención, “al rango constitucional”, lo que tiene como consecuencia inmediata, su influencia sobre el conjunto del Ordenamiento jurídico convirtiéndose en límite y guía de la interpretación constitucional y, por tanto, de la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del sistema jurídico español. Su consecuencia inmediata es que de encontrarse, en el Ordenamiento jurídico español, alguna norma contradictoria con el contenido de los derechos constitucionales tal y como resulta de su interpretación conforme a la Convención, estaríamos ante una norma inconstitucional.

Debemos por tanto sostener, que nuestro Ordenamiento “ha de inspirarse en el contenido de los derechos fundamentales, y tal y como este contenido se desprende de las normas internacionales en la materia”, y con mayor contundencia, si cabe, cuando se trata de textos internacionales “especializados” que, tutelan derechos específicos y protegen a categorías específicas de personas.

Para abordar correctamente el estudio de los principios rectores que tienen como objeto la protección de las personas con discapacidad o en situación a estarlo, los poderes públicos deben partir siempre, no solamente de su obligación genérica respecto al colectivo, fundamento y compromiso expuesto en el Art. 49 de la CE; sino con la persona, con el ciudadano con discapacidad a los que los valores superiores de la libertad, la justicia y la igualdad, que, junto con el pluralismo político, le integran en el estado social y democrático de derecho que propugna el Art.1 de nuestra Constitución, y deben hacerse efectivos por los poderes públicos, en la promoción de las condiciones necesarias para remover los obstáculos que lo impidan. Art. 9 CE.

La entrada en vigor el tres de Mayo de 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, supone un doble reto, respecto a su implementación a nuestro derecho interno y al compromiso político y social en la eficacia y garantía de su aplicación.

---

<sup>1</sup> Conforme al Art.10.2 CE, incide en la comprensión de los derechos reconocidos en los distintos Capítulos y secciones del Título I de la Constitución, así como a los derechos sociales recogidos en su Capítulo III bajo la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica”, (derecho al trabajo, derecho a la salud, acceso a la cultura, protección de la familia, protección social, entre otros, y muy especialmente el Art. 49 de la CE).

La sustitución del “modelo médico rehabilitador” por el “modelo social de discapacidad”, que impone la Convención, determina que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son esencialmente sociales; modelo iniciado en nuestro país, mediante la Ley 51/2003 de Igualdad Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU), que encuentra su aval definitivo, a través de la incorporación al derecho español de la Convención.

El objetivo esencial es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión; haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos, reconociendo en su Preámbulo “la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”, para afirmar categóricamente que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, por lo que “los Estados Partes en la presente Convención, recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo; tienen como obligación el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Consiguientemente el principio de igualdad, se aplica a la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, erigiéndose en pieza angular del sistema, pues introduce a la persona con discapacidad en el contexto social y marca su posición como sujeto apto para desenvolverse sin cortapisas en todas las esferas sociales, políticas y económicas, como sujeto útil y necesario para la sociedad, terminando su trayecto en un proyecto viable de vida independiente.

Especial importancia tiene por tanto, el sistema de garantía y eficacia de los derechos de la Convención, en su tutela judicial efectiva, a través de los derechos al igual reconocimiento como persona ante la ley, (Art.12), y acceso a la justicia, (Art.13). Concluimos esta “introducción” diciendo, que para la correcta interpretación de la Convención, resulta preciso acudir a las “Observaciones y Recomendaciones” que el Comité de Naciones Unidas ha publicado.

## **2. Interpretación y desarrollo del Art. 12. Observaciones del Comité entorno a su interpretación. Observación general N° 1 (2014) sobre el igual reconocimiento ante la ley. (25 de noviembre de 2013).**

2.1. Dada la importancia específica del mismo, y de los informes iniciales de los distintos Estados partes examinados, el Comité observa la existencia de “un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados”, al no haberse comprendido el modelo de discapacidad basado en derechos humanos; que necesariamente implica, pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones, a uno basado en el apoyo para tomarlas.

Ante esta dificultad detectada y general; el Comité propició entre expertos, Estados partes, organizaciones de personas con discapacidad, de derechos humanos y organismos de las Naciones Unidas, configurar unas orientaciones base y adicionales, en una observación general. Se trata en realidad de efectuar una interpretación del Art. 12, en conjunción con los principios generales del Art. 3<sup>2</sup>, pues de acuerdo con la normativa internacional de

---

<sup>2</sup> Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición

derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho de igualdad ante la ley, o que autorice limitar ese derecho.

La declaración concisa, de que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, supone que “el igual reconocimiento como persona ante la ley”, conlleve, que la capacidad jurídica sea un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe necesariamente contrastarse, “en igualdad de condiciones con las demás”.

Siendo la capacidad jurídica indispensable para el ejercicio de todos los derechos: económicos, sociales y culturales; resulta trascendental, cuando las personas con discapacidad tienen que tomar decisiones respecto a la salud, la educación y el trabajo.

Su negación supone la eliminación de muchos de sus derechos fundamentales, como el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico, el derecho de sufragio, y muy especialmente, en las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que pueden verse afectadas, tras su declaración de incapacidad, de “la sustitución en la adopción de sus decisiones”. No obstante, los sistemas tutelares o sistemas basados en la sustitución en la adopción de decisiones y la negación de la capacidad jurídica han afectado, y siguen afectando, muchísimo más a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales.

Mantiene el Comité, que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica, ni ninguno de los derechos establecidos en el Art.12.

Aunque la capacidad jurídica ha sido negada a lo largo de la historia de forma discriminatoria a muchos grupos, como a las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y a las minorías étnicas, han sido las personas con discapacidad, las que siguen siendo las más expuestas y afectadas, a que se les niegue la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo cuando se aplican sistemas basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio.

En definitiva, se recomienda, que “Los Estados deben examinar todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no está limitado de modo distinto al de las demás personas.

Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el Art.12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”.

## 2.2. Examen del Art. 12, conforme a las Observaciones del Comité.

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que será el trampolín desde donde pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a la tutela judicial efectiva), posibilitando a una persona a intervenir en relaciones jurídicas plenas, celebrando contratos (el derecho al trabajo, entre otros), comprando y vendiendo bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros) y a contraer matrimonio (el derecho a casarse y fundar una familia).

Se opta por tanto, por un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede

---

humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. De ahí su denominación como “Observación general N° 1 (2014)”, sobre el igual reconocimiento ante la ley.

necesitar la ayuda de un tercero, configurándose tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

-La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

-La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros.

-La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

2.3. La Convención, (Art 12, 1º), unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar.

Para lograrlo, propugna el cambio del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión, a la regulación propia del derecho interno.

Sólo así tiene razón de ser el concepto de “discapacidad”, como el resultado de la interacción entre una persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que limita la capacidad de ejercer una o más de las actividades esenciales de la vida diaria en un entorno con barreras, que no le ofrece los servicios y apoyos necesarios, limitando y restringiendo su plena inclusión social.

“El reconocimiento de la personalidad jurídica”<sup>3</sup> de las personas con discapacidad, “que tienen capacidad jurídica ( y de obrar), en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; mediante las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, implica que los Estados Parte estén “obligados a adoptar y proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”, lo que supone, la asunción del sistema de apoyos, sin complejos ni vacilaciones.

2.4. En la Observación General se recalca, que en el párrafo 2, del art. Art. 12, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos.

---

<sup>3</sup> Art. 12, párrafo 1, garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito previo para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.

Este reconocimiento como actor jurídico, obliga a que Estados de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". (Art. 12, párrafo 5).

Consecuencia de ello será, que en las resoluciones judiciales relativas "a la modificación de la capacidad" tengamos que reconocer y potenciar, la capacidad acreditada en el caso concreto, a partir de las habilidades naturales de la persona, en los ámbitos siguientes:

A). Personal y de vida independiente, relativas al auto cuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc.; así como las cotidianas: comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, uso del transporte, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.

B). Cuidado de la salud: utilización de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, auto cuidado: cuidado de heridas, úlceras etc., conocimiento y consentimiento del tratamiento.

C). Económico-jurídico-administrativas: a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor. b). Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. c) Capacidad para la conducción de vehículos u otras actividades que requieran autorización administrativa.

D). En caso alguno podrán alterarse o anularse los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

### **3.- De los mecanismos de apoyo previstos en el Art. 12. 3. de la Convención.**

3.1.- La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello, los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de su capacidad jurídica y establecer las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo. (Art. 12.4).

En general, estos apoyos comprenderán tanto el ejercicio de sus derechos fundamentales, como los de ámbito patrimonial; aunque puede adoptar múltiples formas.

El especialmente preferido como se desprende del Art. 23. 4 y 5, es el prestado en y por la familia, (Preámbulo x), y se extiende hasta el sistema de "apoyo asistencial" en sus diversas áreas: asistente personal, económico y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente.

Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse ocasionalmente o de forma continua. En todo caso, se deberán tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

Se completaría con la posibilidad de una "asistencia institucional", necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo.

Partiendo de la base que en el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad, que será la afectada por la decisión, es ésta la que toma la decisión, mientras que la persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona discapacitada;

pues aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite “el apoyo más intenso”, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad en la mayor medida posible, según sus deseos.

El apoyo, que parte de las capacidades concurrentes en la persona, debe adoptarse “de menos a más”, para complementarlas y hacerlas accesibles a las concretas necesidades reales, impidiendo toda generalización que implique sustitución o representación de la capacidad de decisión.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad u órgano Judicial competente determina que una persona necesita un apoyo intenso para ejercer su capacidad jurídica, y el párrafo 4 del artículo 12, exige la instauración de salvaguardias para protegerle contra el abuso de esos mecanismos.

3.2. Siguiendo el ejemplo clásico de que los mecanismos de apoyo deben reflejarse en la resolución judicial que los acuerda, como “un traje a medida”, el Art. 12, propugna, que se deben hacer “todos los trajes a medida que se necesiten”, por eso la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero si impide, los sistemas de tutela clásicos. Recordando en el Preámbulo j), que deben protegerse los “derechos humanos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”.

Por ello, la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales, en las decisiones patrimoniales, (Art. 12. 5), sociales, y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a “nuevas formas” nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse, por lo que los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad, son competencia de la legislación interna.

En nuestro derecho interno, la tutela, que determina la “sustitución” de la persona con discapacidad por otro, que pasa a actuar como su representante legal, difícilmente tiene encaje en la Convención, pues incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida que se pueda conocer su voluntad, solo en el ámbito patrimonial podría operar. En este sentido conviene recordar que en algunas comunidades autónomas, se están considerando figuras de apoyo asistencial, como en la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro II del C. Civil de Catalunya, donde se regulan figuras de Asistencia personal, y administración de bienes.

#### **4. El derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. (Art.12, párrafo 3).**

4.1. Incide el Comité en sus Observaciones, que “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”. Aunque no se especifica cómo debe ser el apoyo, si nos dice que "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades.

Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse.

El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, puede incluir, medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones



financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales.

También puede referirse a la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación especiales, para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias.

“Variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se describen como un principio general de la Convención "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas".

En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que “Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al Art. 12, párrafo 2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el Art. 12, párrafo 3.

La sustitución en la adopción de decisiones, además de ser incompatibles con el Art. 12, también pueden violar el derecho a la privacidad, ya que el sustituto en la adopción de decisiones suele tener acceso a la información personal y de toda índole sobre la persona.

Los Estados partes deben garantizar que quienes presten el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, respeten plenamente el derecho a la privacidad de las personas con discapacidad. (Derecho a la Privacidad. Art. 22)

## **5. Las salvaguardias. (Art. 12.4).**

Tiene gran trascendencia e interés, el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de modificación de la capacidad y la determinación de los apoyos, se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro.

5.1. Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- “Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. La autoridad u órgano judicial garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva, junto al derecho de “acceso a la justicia” previsto en el Art. 13.

- “Que se adopten salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”,

- “Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, para preservarle de elementos que interfieran en su capacidad de decisión”.

-“Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”,

-“Que serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

- “Que se apliquen en el plazo más corto posible, debiendo estar sujetas a exámenes periódicos”; lo que es consecuencia directa del carácter “dinámico del concepto de discapacidad”, tanto en relación a las personas, como de los apoyos, siendo necesario revisar periódicamente su estado y condiciones de futuro, para evitar situaciones de abandono crónico que cercenen su real incorporación a la sociedad o alcanzar el adecuado nivel de vida independiente.

Salvaguardias que implican, además del derecho a la comunicación, que la persona debe ser oída y examinada por la autoridad judicial, no solo en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados.

El objetivo principal de esas salvaguardias es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos en igualdad de condiciones con las demás personas”.

5.2. El círculo de protección establecido se cierra en el Art. 12.5, con la garantía de igualdad en los asuntos patrimoniales, enumerándose a modo de ejemplo, actividades patrimoniales de indudable actualidad. (Art. 12.5)

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

## **6. Declaraciones y objetivos.**

El Comité ha declarado como cuestión inicial, que “El derecho a la igualdad ante la ley es un derecho civil y político con raíces en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y por tanto, se aplican desde el momento de la ratificación. Naciendo así, la obligación de hacerlos efectivos inmediatamente, incluido el derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El principio de la efectividad progresiva (art. 4, párr. 2) no es aplicable a la capacidad jurídica.

### **6.1. Declaraciones**

El reconocimiento de la "capacidad jurídica universal", determina que todas las personas (con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones) poseen inherentemente capacidad jurídica, y los Estados no pueden negar la capacidad jurídica, cuando el propósito o efecto de esa negación sea, discriminar por motivos de discapacidad<sup>4</sup>. Consecuentemente, los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del Art.12 porque son discriminatorios *prima facie*, ya que permiten imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico.

Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica; si son discriminatorios o si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, vulneran el Art.12.

Los sistemas basados en la sustitución en la adopción de decisiones, pueden formas diferentes; como la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial.

Todos ellos poseen el mismo fin y características comunes; despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque solo sea con respecto a una única decisión; se puede nombrar al sustituto en contra de su voluntad; y toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su voluntad y preferencias propias.

---

<sup>4</sup> Véase Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 2, en conjunción con el art. 5.

En todo caso, se establece la obligación de los Estados de combatir, cualquier actuación que prive a las personas con discapacidad de este derecho, adoptando las medidas necesarias para impedir que agentes no estatales y particulares interfieran en la capacidad de las personas con discapacidad, de hacer efectivos sus derechos humanos (incluido el derecho a la capacidad jurídica) y de disfrutarlos.

## 6.2. Objetivos.

Pasa a ser la principal prioridad en las obligaciones de los Estados el examen de “las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el Art.12.

Finalmente se especifica también que “deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.

En el mismo sentido, el fomento de la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad es primordial en el sistema de apoyos, pues, implica su adaptabilidad a ejercer la capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean.

Los Estados se obligan a proporcionar e impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica.

## 6.2. Particulares. “Apoyo en la toma de decisiones”.

Un sistema basado en el apoyo para la adopción de decisiones, “debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.), y, los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.), comprendiendo diversas opciones de apoyo, que den primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respete las normas de derechos humanos.

Aunque pueden adoptar muchas formas, todos deben asegurar que:

a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar a disposición de todos. El grado de apoyo que necesite una persona (especialmente cuando es elevado) no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.

b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o comprendida por muy pocas personas.

d) Debe ofrecerse a la persona o personas encargadas del apoyo oficialmente escogidas por la persona concernida un reconocimiento jurídico que sea accesible y el Estado tiene la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que están aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las

comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo y un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando basándose en la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el Art.12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para "proporcionar acceso" al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.

g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

## **7. Recomendaciones en relación con otras disposiciones de la Convención.**

La vinculación del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, con otros derechos humanos establecidos en la Convención<sup>5</sup>, es contemplado expresamente por el Comité en relación a los Art. 5, (Prohibición expresa de toda discriminación por motivos de discapacidad y Art. 9 (Accesibilidad). De especial trascendencia, es el tratamiento que se dedica a las personas con discapacidad más vulnerables: Mujeres, Menores y Personas Mayores con discapacidad.

### **7.1. Mujeres con discapacidad. Art.6**

La supresión de todas las formas de discriminación contra la mujer determina la capacidad jurídica de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres, admitiendo así que el reconocimiento de la capacidad jurídica es esencial para el igual reconocimiento como persona ante la ley, lo que comprende, en derechos civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad.

Ello comprende el ámbito patrimonial y económico, y el "acceso a la justicia y los tribunales" (párr. 2). Esa disposición se aplica a todas las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad.

Reconocido expresamente en la Convención que las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de formas múltiples e intersectoriales de discriminación por motivos de género y de discapacidad; es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás.

---

<sup>5</sup> El derecho al acceso a la justicia (art. 13), el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14), el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17), el derecho a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19), el derecho a la libertad de expresión (art. 21), el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23), el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25), y el derecho de sufragio activo y pasivo. (art. 29). Sin el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona se compromete notablemente la capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención.

Se cita concretamente que “Por ejemplo, las mujeres con discapacidad sufren tasas elevadas de esterilización forzada y con frecuencia se les niega el control de su salud reproductiva y la adopción de decisiones al respecto, al dar por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. En determinadas jurisdicciones también hay tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones a las mujeres que a los hombres”.

#### 7.2. Niños y niñas con discapacidad. Art. 7

En el Art. 12 de la Convención se protege la igualdad ante la ley de todas las personas, con independencia de su edad, pero en el Art. 7 se reconocen las capacidades de los niños y las niñas están en desarrollo y se exige que "en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial [sea] la protección del interés superior del niño" (párr. 2) y que "su opinión [reciba] la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez" (párr. 3). Para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12, los Estados deben examinar sus leyes a fin de velar por que la voluntad y las preferencias de los niños y niñas con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto al derecho a la nacionalidad. (Art. 18), se constata que “los niños y niñas con discapacidad tienen muchísimas más probabilidades de no ser inscritos que los demás niños; esto les niega la ciudadanía, y a menudo también les niega el acceso a la atención de la salud y la educación y puede incluso conducir a su muerte. Puesto que no existe ningún registro oficial de su existencia, su muerte puede ocurrir con relativa impunidad”.

“Los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para que los niños y niñas con discapacidad sean inscritos al nacer.

Se reconoce igualmente el derecho de participación y “las consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan en la elaboración y aplicación de legislación y políticas y en otros procesos de adopción de decisiones para dar efectos al Art. 12, así como a estudiar y elaborar mejores prácticas que respeten el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica o destinar recursos al efecto.

#### 7.3. Respecto a las personas mayores con discapacidad y en general a las institucionalizadas sin capacidad para decidir, se determina que “La segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado e insidioso que viola varios de los derechos garantizados en virtud de la Convención.

El problema se ve agravado por la negación generalizada de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, que permite que sean otros quienes otorguen su consentimiento para internarlos en entornos institucionales”.

Con frecuencia también se confiere a los directores de las instituciones la capacidad jurídica de las personas que residen en ellas. Esto deja todo el poder y el control sobre la persona en manos de la institución. A fin de cumplir lo dispuesto en la Convención y respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad, se debe proceder a la desinstitucionalización y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica y poder elegir dónde y con quién vivir (Art.19). La elección que haga la persona de dónde y con quién vivir no debe afectar a su derecho a acceder al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

#### 7.4. Derecho de libertad, seguridad y consentimiento (Art. 14 y 25).

El respeto al derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, incluye su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, que debe estar garantizada cuando se halla privada de libertad en instituciones, contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones.

Esa práctica habitual, que constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los Art. 12 y 14 de la Convención, y los Estados deben abstenerse de esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en los que personas con discapacidad han sido internadas en un entorno residencial sin su consentimiento expreso.

Del mismo modo, el derecho a la salud se funda en base al consentimiento libre e informado, (Art. 25), que impone a los Estados partes “la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento”. Los Estados tienen la obligación de no permitir que otorguen el consentimiento en nombre de las personas con discapacidad sustitutos en la adopción de decisiones. Todo el personal de la salud y la medicina debe garantizar una consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad. Ese personal debe garantizar también, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas.

7.5. Respeto de la integridad personal y protección contra la tortura, la violencia, la explotación y el abuso. Art. 15, 16 y 17.

“El tratamiento obligatorio por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina es una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal (Art. 17), el derecho a la protección contra la tortura (Art. 15) y el derecho a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso (Art. 16).

Esa práctica niega la capacidad jurídica de una persona de elegir el tratamiento médico y por ello constituye una violación del Art. 12 de la Convención. Los Estados partes tienen la obligación de proporcionar acceso al apoyo para las decisiones relativas al tratamiento psiquiátrico y otros tratamientos médicos. El tratamiento obligatorio es un problema que afecta especialmente a las personas con discapacidad psicosocial, intelectual y otras discapacidades cognitivas. También deben eliminar las políticas y las disposiciones legislativas que permiten o perpetran el tratamiento obligatorio, ya que constituyen una violación permanente de la legislación de salud mental en todo el mundo, a pesar de los datos empíricos que indican que no es eficaz y las opiniones de los usuarios de los sistemas de salud mental que han padecido sufrimientos y traumas profundos como consecuencia de tratamientos obligatorios. El Comité recomienda que los Estados partes velen por que las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona solo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión”.

7.6. Derecho a una vida independiente. Art. 19

Las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de vivir de forma independiente en la comunidad y tomar opciones y tener control sobre su vida diaria, en igualdad de condiciones con las demás, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 19. Interpretar el Art. 12, párrafo 3, teniendo en cuenta el derecho a vivir en la comunidad (Art. 19) significa que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe proporcionarse utilizando un enfoque basado en la comunidad.

“Los Estados deben reconocer que las comunidades son un recurso y un aliado en el proceso para comprender los tipos de apoyo necesarios en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la sensibilización acerca de diversas opciones de apoyo. Los Estados

deben reconocer que las redes sociales y los apoyos comunitarios que se dan de forma natural (entre otros, los amigos, la familia y la escuela) de las personas con discapacidad son un elemento esencial para el apoyo en la adopción de decisiones. Esto es coherente con el relieve que se concede en la Convención a la inclusión y la participación plenas de las personas con discapacidad en la comunidad”.

#### 7.7. Derecho a la participación política. Art. 29

En el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, es fundamental el reconocimiento la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la vida pública y política (Art. 29), que implica, que la capacidad que tenga una persona de adoptar decisiones no puede justificar que se excluya a las personas con discapacidad de ejercer sus derechos políticos, incluidos el derecho de voto, el derecho a presentarse como candidatas en las elecciones y el derecho de ser miembros de un jurado.

La negación o la limitación de la capacidad jurídica han sido utilizadas sistemáticamente para negar la participación política, especialmente el derecho de voto, a determinadas personas con discapacidad, en base a su capacidad mental o intelectual.

Los Estados deben proteger y promover el derecho de las personas con discapacidad de acceder al apoyo de su elección para emitir su voto en secreto y participar sin discriminación en todas las elecciones y referendos. El Comité recomienda además a los Estados que garanticen el derecho de las personas con discapacidad a presentarse como candidatas en las elecciones, ejercer efectivamente cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, con ajustes razonables y apoyo, cuando lo deseen, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

#### 7.8. El Derecho al acceso a la Justicia. Art. 13.

Uno de los pilares para asegurar la tutela judicial efectiva, incide en que la persona con discapacidad pueda acudir a la administración de justicia con la seguridad que va a poder comunicarse adecuadamente, que va a ser informada de forma comprensible y va a poder ejercer todos sus derechos procesales, especialmente el de defensa, con los ajustes en el “procedimiento”, que sean necesarios.

Los Estados partes tienen la obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.

El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. Para que puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocerse a las personas con discapacidad personalidad jurídica con la misma capacidad en las cortes de justicia y los tribunales. Los Estados también deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

En muchas jurisdicciones se ha detectado un problema al respecto que debe solucionarse; entre otros medios, garantizando que las personas que ven obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos (en su propio nombre o mediante su representante legal) y defender sus derechos ante los tribunales. (A menudo, a las personas con discapacidad no se les ha permitido desempeñar funciones esenciales del sistema de justicia, como ser abogados, jueces, testigos o miembros de un jurado.)

“Se debe formar a los agentes de policía, a los trabajadores sociales y personal encargado de dar respuestas iniciales para que reconozcan que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica plena y den el mismo crédito a las denuncias y las declaraciones de las personas con discapacidad que darían a las de personas sin discapacidad.

Esto entraña impartir capacitación y sensibilización a los miembros de esas importantes profesiones. También se debe conceder capacidad jurídica a las personas con discapacidad para testificar en igualdad de condiciones con las demás. El Art. 12 de la Convención garantiza el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la capacidad de testificar en las actuaciones judiciales, administrativas y otras actuaciones jurídicas. Ese apoyo puede adoptar formas diversas, como el reconocimiento de distintos métodos de comunicación, permitir los testimonios por vídeo en determinadas situaciones, ajustes procesales y otros métodos de asistencia.

También se debe impartir capacitación a los jueces y sensibilizarlos sobre su obligación de respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (a saber, su capacidad legal y su legitimación para actuar)".

También influye en el acceso a los edificios judiciales y administrativos.

Los derechos establecidos en el Art. 12 están estrechamente vinculados con el derecho a la accesibilidad (Art. 9) porque el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es necesario a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. El derecho a la accesibilidad garantiza que se detecten y eliminen los obstáculos para acceder a instalaciones o servicios abiertos u ofrecidos al público. En la medida en que esos obstáculos incluyen el reconocimiento de la capacidad jurídica, el derecho a la accesibilidad se solapa con el derecho a la capacidad jurídica y a veces depende de que se haga efectivo este. Los Estados deben examinar sus leyes y prácticas para velar por que se estén haciendo efectivos el derecho a la capacidad jurídica y el derecho a la accesibilidad.

## **8. La Convención en Europa. La elaboración de la nueva estrategia europea de la discapacidad (2011-2020).**

La Unión Europea, ratificó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 23 de diciembre de 2010, dando así un paso decisivo en el largo camino recorrido por los 80 millones de ciudadanos europeos con alguna discapacidad, que ven de este modo reconocidos y garantizados sus derechos internacionales, al suponer el acto de la ratificación, el compromiso que adquieren todos los países de la Unión, de implantarlo a su legislación interna, obligándoles a una profunda tarea de revisión, exhaustiva y transversal de toda su normativa, a fin de adaptarla al nuevo Tratado.

8.1. Examen del Comité de Naciones Unidas del informe inicial de la Unión Europea en sus sesiones 20 y 21, los días 27 y 28 de agosto de 2015 , aprobando en sesión, celebrada el 3 de septiembre, las observaciones finales que figuran a continuación.

El Comité examinó el informe inicial de la Unión Europea en sus sesiones 20 y 21, los días 27 y 28 de agosto 2016, aprobando en sesión, celebrada el 3 de septiembre, acogiendo con satisfacción el informe inicial de la UE, y agradece el fructífero diálogo mantenido con la delegación de la UE durante la consideración del informe, así como las respuestas ofrecidas por las autoridades y emitiendo sus observaciones finales, en las que enumera como aspectos positivos, que la UE sea la primera organización regional que ratifica un tratado de derechos humanos concluido bajo los auspicios de la ONU, estableciendo así un precedente positivo en derecho público internacional. Resalta la tendencia positiva de incluir los derechos de las personas con discapacidad en la financiación de sus acciones externas y la inclusión de la discapacidad en los ámbitos prioritarios de comunicación de la UE.



## 8.2. Resumen de urgencia del resultado del examen:

Los Principales ámbitos de preocupación y recomendaciones. Principios y obligaciones generales (Arts. 1-4)

La Unión Europea no haya ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención, por lo que pide que ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención.

Tampoco se ha realizado una revisión transversal integral de su legislación a fin de garantizar su plena armonización con las disposiciones de la Convención, ni dispone de una estrategia para la aplicación de la Convención en todas las instituciones. Recomendándose que lleve a cabo una revisión transversal integral de su legislación a fin de garantizar su plena armonización con las disposiciones de la Convención y la participación activa de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y las instituciones independientes de derechos humanos en este proceso. Así como la adopción de una estrategia en la aplicación de la Convención con un presupuesto asignado, plazos, mecanismo de seguimiento y de evaluación de impacto.

## 8.3. Derechos específicos (Art. 5-30). Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (Art. 12).

Preocupa al Comité que las Directivas 2000/43, 2004/113 y 2006/54 no prohíban explícitamente la discriminación por motivo de discapacidad, y no establezcan la obligación de proporcionar ajustes razonables a las personas con discapacidad en los ámbitos de protección social, atención sanitaria, (re)habilitación, educación y la prestación de bienes y servicios, tales como la vivienda, el transporte y los seguros. Por lo que recomienda la adopción de su propuesta de Directiva horizontal sobre Igualdad de Trato, extendiendo la protección contra la discriminación a las personas con discapacidad, incluso con la realización de ajustes razonables, en todos los ámbitos de competencia. Prohibiendo, además, la discriminación en los todos aspectos relacionados con la discapacidad, incluso la discriminación múltiple e interseccional. Igualdad y no discriminación (Art. 5)

Observa con profunda preocupación que en toda la Unión Europea un número importante de personas con discapacidad esté privado de su plena capacidad jurídica, siendo preciso garantizar que todas las personas con discapacidad privadas de su capacidad jurídica puedan ejercer los derechos establecidos en los tratados de la Unión Europea y en el derecho de la Unión Europea.

Como ejemplos se señalan expresamente: Igualdad en el acceso a la justicia, a los bienes y servicios, incluyendo la banca y el empleo, y a la atención sanitaria, así como al derecho al sufragio y los derechos de los consumidores, de acuerdo con la Convención y, en el sentido que se establece en la Observación general N° 1 (2014) sobre el igual reconocimiento ante la ley.

En este contexto y en relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona (Art. 14) y al derecho a la vida independiente (Art.19); preocupa el internamiento involuntario de personas con discapacidad en hospitales psiquiátricos y en otras instituciones por motivo de discapacidad, real o aparente y recomienda “garantizar la libertad y seguridad de todas las personas con todo tipo de discapacidad, de conformidad con la Convención y con las Directrices del Comité sobre el Art.12. (2015)”. Señala concretamente que personas con discapacidad intelectual o psicosocial, sigan viviendo en instituciones en vez de residir en sus comunidades locales, pues a pesar de las modificaciones de los reglamentos, los fondos estructurales y de inversión siguen utilizándose en distintos Estados Miembros para el mantenimiento de instituciones residenciales en vez de invertirse

en el desarrollo de servicios de apoyo para las personas con discapacidad en sus comunidades locales.

Recomienda que la Unión Europea elabore una estrategia para dirigir y fomentar la desinstitucionalización, fortalecer el seguimiento del uso de los fondos estructurales y de inversión, para así garantizar que se empleen únicamente para el desarrollo de servicios de apoyo a las personas con discapacidad en las comunidades locales, y no para la renovación o ampliación de instituciones. Asimismo, el Comité recomienda que la Unión Europea termine de efectuar pagos, retire los pagos y recupere los fondos si se incumple la obligación de respetar los derechos fundamentales.

Finalmente, se recomienda efectuar investigaciones, recopilaciones de datos e intercambios de buenas prácticas en materia de toma de decisiones con apoyo, en colaboración con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

En cuanto a la participación en la vida política y pública (Art.29), y en particular, las personas privadas de su capacidad jurídica o que residen en instituciones, no puedan ejercer su derecho a votar en las elecciones, y que la participación en las elecciones no sea plenamente accesible, siendo precisa la adopción de medidas, en cooperación con sus Estados Miembros y las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, para que todas las personas con todo tipo de discapacidad, incluyendo aquellas sometidas a tutela, puedan disfrutar de su derecho a votar y a ser elegidos, incluyendo la disponibilidad de comunicaciones e instalaciones accesibles.

Del derecho al Acceso a la justicia (Art.13), preocupa la discriminación que padecen las personas con discapacidad en el acceso a la justicia, debido a la falta de ajustes en los procedimientos en los Estados Miembros de la Unión Europea, recomendando que adopte medidas apropiadas para combatir la discriminación en el acceso a la justicia, mediante medidas que aseguren la plena accesibilidad de los procedimientos en los Estados Miembros y la asignación de recursos económicos para la formación del personal de los sistemas judiciales en materia de la Convención.

La sensibilización sobre los derechos de las personas con discapacidad, se aborda de manera reiterada, en todas las recomendaciones, incluidas en (Art. 8), relativo a la toma de conciencia.

Preocupa al Comité que la sensibilización sobre los derechos de las personas con discapacidad no sean permanentes y no incluyan a todas las instituciones y a todo el personal, y que las estrategias marginen a ciertos colectivos de personas con discapacidad.

Propugnando una campaña global y accesible, para concienciar acerca de la Convención y luchar contra los prejuicios contra las personas con discapacidad, incluso las mujeres y niñas, y especialmente las personas con discapacidad psicosocial, discapacidad intelectual y personas mayores con discapacidad, y lamentando que la Unión Europea no haya aprobado aún una Ley de Accesibilidad Europea.

La situación discriminatoria de mujeres con discapacidad (Art.6) y niños y niñas con discapacidad (Art.7), deben tratarse igualmente bajo la Observación,<sup>1ª</sup>, preocupa el número de niños y niñas con discapacidad que residen en instituciones en la Unión Europea y que no tienen acceso a una educación inclusiva de calidad en centros ordinarios. Insiste en la falta de sensibilización sobre los derechos de los niños y niñas con discapacidad, que los niños y niñas con discapacidad no participen de forma sistemática en las decisiones que afectan sus vidas, y que no tengan la oportunidad de expresar su opinión acerca de aquellas cuestiones que les afectan directamente

El Comité recomienda que la Unión Europea garantice que los niños y niñas con discapacidad y sus organizaciones representativas sean consultados sobre todos los asuntos

que les afectan -ofreciéndoles una asistencia adecuada, de acuerdo con su discapacidad y edad.

Preocupan también, las estrategias para fomentar la sensibilización no sean permanentes y no incluyan a todas las instituciones y a todo el personal, y que las estrategias marginen a ciertos colectivos, así como que el material de desarrollo de la capacidad y de formación, las campañas públicas, las declaraciones y demás documentos publicados por las instituciones de la Unión Europea no se proporcionen en formatos accesibles.

Se recomienda el desarrollo de una campaña global para concienciar acerca de la Convención y luchar contra los prejuicios contra las personas con discapacidad, incluso las mujeres y niñas, y especialmente las personas con discapacidad psicosocial, discapacidad intelectual y personas mayores con discapacidad. El Comité recomienda que todos los materiales relacionados con el desarrollo de capacidad y la formación, la toma de conciencia, las declaraciones públicas y otros documentos sean accesibles.

Por último el Comité Económico y Social Europeo (CESE), publicó el 21/01/2016 el Dictamen sobre «Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, Una nueva estrategia para las personas con discapacidad en la Unión Europea», siendo ponente Ioannis Vardakastanis, donde se analizan las cuestiones planteadas por el Comité y se proponen las iniciativas necesarias para aplicarlas en la Unión Europea.

En el Dictamen se reconoce que la aplicación de las Observaciones finales por parte de la UE debe abordarse al más alto nivel político, y por la Comisión Europea, se debería incluir en su programa de trabajo para 2017 una iniciativa política específica destinada a este propósito. La plena incorporación e integración de las observaciones finales en las políticas y programas de la UE requieren que la Comisión Europea elabore una estrategia global sobre la Convención, y que se inicie el proceso para preparar urgentemente una estrategia global sobre la CNUDPD, que cuente con la plena consulta y participación de las personas con discapacidad.

Se propone también que las instituciones de la Unión comiencen inmediatamente los preparativos y adopten las medidas necesarias para declarar 2021, décimo aniversario de la firma de la Convención, “Año Europeo de las Personas con Discapacidad”.

## **6. Conclusiones.**

La aplicación del Art.12 supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implementación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre. Soluciones que se fundamentarán en los principios de la Convención y que determinarán que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada, y nunca su discapacidad.

El nuevo modelo de medidas de apoyo que tendrá carácter judicial (lo que implica la necesidad de establecer una capacitación específica en esta materia, Art. 13, 2.), supone que las medidas de apoyo se acuerden atendiendo a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada, dando prevalencia a su autonomía de la voluntad, y previendo aquellas medidas de apoyo necesarias conformes a su evolución.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la incapacitación por otras medidas basadas en el modelo de apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales, en los que coexistirán ambas instituciones (incapacitación y las nuevas medidas), hasta que nuevas soluciones normativas y sociales, cumplan los fines de la Convención.

Mientras tanto, la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención<sup>6</sup>, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela proporciona un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones.

Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente la modificación de buena parte de nuestra legislación vigente, como seguidamente pasamos a analizar.

Sin duda, el Art. 12 es el “corazón de la Convención”, que al adoptar el modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad, los sitúa en su cualidad de ciudadanos con capacidad para intervenir, por sí mismos o con el apoyo o asistencia que les deben proporcionar los Estados, en todas las cuestiones de sus vidas.

Nosotros, los trabajadores de la justicia, somos sus brazos y sus pulmones, para procurar a las personas con discapacidad, el acceso adecuado a la tutela judicial, garantizando la comunicación idónea, la información precisa y la defensa de sus derechos en igualdad a los demás.

Y seguir...seguir juntos; un camino siempre difícil, pero siempre irrenunciable.

---

<sup>6</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado en la “Interpretación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad” de 13 de diciembre de 2006, en numerosas ocasiones. ( SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 27 noviembre de 2014; 13 de mayo de 2015 y 14 y 20 /10/2015 entre otras),.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos