

DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN ESPAÑA: EL EJEMPLO DEL  
TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO

*DISABILITY, CAPACITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN SPAIN:  
THE EXAMPLE OF INVOLUNTARY OUTPATIENT TREATMENT*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 50-79*



David  
GONZÁLEZ  
CASAS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 24 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, supone un nuevo paso hacia la consecución de la plena igualdad, y bajo este modelo, debemos plantearnos el reconocimiento otorgado por la legislación española a la capacidad jurídica de las personas con la capacidad modificada, y la incidencia en el disfrute de derechos fundamentales como es la libertad individual.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad; igualdad; dignidad; derechos fundamentales; capacidad.

**ABSTRACT:** *The international Convention on the rights of persons with disabilities, ratified by Spain in 2008, it's a new step towards the achievement of full equality, and under this model, need to ask ourselves the recognition granted by Spanish law, the legal capacity of persons with the modified capacity, and the impact on the enjoyment of fundamental rights such as individual freedom.*

**KEY WORDS:** *Disability; equality; dignity; fundamental rights; capacity.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- I. Evolución del derecho internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.- A) Primeros Tratados Internacionales.- 2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.- A) Igual reconocimiento como persona ante la Ley.- 3. Protección de las personas con discapacidad en la Constitución española.- 4. Hitos normativos en España en materia de discapacidad en el ámbito de la protección pública.- 5. Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención Internacional.- II. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.- I. Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad.- 2. Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela.- A) La tutela.- B) La curatela.- III. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.- I. Tratamiento ambulatorio involuntario.- IV. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

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

Según datos de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, en la actualidad más de 1000 millones de personas viven en todo el mundo con algún tipo de discapacidad, y presumiblemente, la cifra será mayor en un futuro. Esto se debe al patente envejecimiento poblacional y al incremento de patologías crónicas como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares o los trastornos de salud mental<sup>1</sup>.

Que la discapacidad es en la actualidad una materia a abordar desde los derechos humanos, parece ser una realidad incuestionable y presente en el imaginario colectivo de una gran mayoría social. Sin embargo, la protección y consideración hacia las

---

<sup>1</sup> Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud, 2011, accesible en [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/) (consulta realizada el 23 de marzo de 2018).

### • David González Casas

Personal docente e investigador en formación. Facultad de Trabajo Social. Universidad Complutense de Madrid. Máster en protección jurídica de las personas y grupos vulnerables por la Universidad de Oviedo. Evaluador externo de varias revistas y parte del comité científico de varios congresos nacionales e internacionales. Especialista en procesos de protección y promoción a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Principales líneas de investigación: Apoyo social comunitario y calidad de vida en personas con discapacidad. Experiencia profesional en Fundaciones del ámbito tutelar. Davgon14@ucm.es.

personas con discapacidad, parte en demasiadas ocasiones de actitudes de índole caritativa o paternalista que se alejan de la verdadera comprensión de la realidad social del problema.

## **I. Evolución del derecho internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

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

Hasta periodos próximos al actual, la protección/consideración de la discapacidad en el ámbito internacional, venía enmarcada dentro de la legislación relativa a la seguridad social, a mecanismos asistenciales privados y a los procesos relativos a la incapacitación judicial<sup>2</sup>, es decir, los ordenamientos jurídicos estaban en consonancia con la visión médico-rehabilitadora existente, por lo que el Derecho sólo consideraba a las personas con diversidad funcional desde ámbitos muy concretos, como el sanitario o el asistencial.

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

Desde la citada perspectiva, se conjuga la necesidad de cambiar el mundo de la discapacidad desde una doble vertiente: El reconocimiento social y legal explicitado en anteriores puntos, y la interiorización por parte del propio colectivo de la necesidad de hacer valer y respetar su dignidad intrínseca, dejando de asumir como inamovible los actos exclusivos a los que son expuestos<sup>3</sup>.

### **A) Primeros Tratados Internacionales.**

La propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recoge los parámetros sobre los que posteriormente se fundamentarán los ordenamientos jurídicos internacionales en materia de discapacidad. El texto no recoge ninguna mención especial relativa a dicho colectivo, en consonancia con el modelo

---

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

3 LIDÓN HERAS, L.: *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 58.

imperante por aquel entonces, que alejaba a las personas con diversidad funcional del reconocimiento activo de derechos, en favor de una visión médico-paciente<sup>4</sup>.

El primer instrumento de las Naciones Unidas específico en materia de discapacidad es la Resolución sobre la Rehabilitación social de los disminuidos físicos, aprobada por el Consejo Económico y Social en 1950, en la que se pretendía erradicar los viejos arquetipos caritativos, dando paso a la rehabilitación como vehículo necesario para la inclusión<sup>5</sup>.

Desde la citada fecha, no se redacta ningún tratado que recoja de manera específica los derechos de las personas con discapacidad, ni en los referentes a cuestiones generalistas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni en los tratados referentes a colectivos específicos -salvo el Pacto Internacional sobre los Derechos del Niño, que hace referencia a los derechos de los niños con discapacidad-.

No es hasta la década de 1970 cuando se formula la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada mediante resolución 2856 de la Asamblea General, en el año 1971. Resulta paradójico que el primer texto de este calado, haga referencia de forma específica a las discapacidades intelectuales, pudiendo estar motivado por la nula consideración histórica, tanto en el ámbito social como jurídico, respecto a los derechos de las personas con ese tipo de discapacidades<sup>6</sup>.

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

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

Las nuevas inquietudes surgidas en la materia cristalizan en la declaración del año 1981, como el del *Año Internacional de los Impedidos*, con el fin de promover

4 URMENETA, X.: "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 2010, vol. 8, núm. 38, 2010, pp. 68-71.

5 SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado de derechos humanos del S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 9, p. 8.

6 SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado", cit., pp.12-14.

una mayor concienciación sobre la necesidad de la integración y participación social del colectivo. Fruto de los trabajos llevados a cabo durante dicho periodo, en 1982 se aprueba el *Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad*; la relevancia de dicho programa se encuentra en la utilidad del mismo, siendo piedra angular de las políticas y acciones gubernamentales, nacionales e internacionales, durante un amplio periodo de tiempo<sup>7</sup>.

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

“Para lograr los objetivos de participación e igualdad plenas, no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia los impedidos. La experiencia ha demostrado que en gran parte el medio es el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida”<sup>8</sup>.

La tendente relevancia otorgada por las Naciones Unidas, en referencia a las problemáticas asociadas al colectivo integrado por las personas con discapacidad, y los procesos de exclusión enquistados a lo largo de la historia de la humanidad, llevan a la aprobación del *Decenio Mundial de las personas con discapacidad 1982-1992*. Dentro de dicho contexto, a finales de los años 80 se elaboraron las *Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos*, y en el año 1991 los *Principios para la protección de la Salud Mental*<sup>9</sup>. En dicho decenio, se pueden observar diversos contrastes respecto a la implementación de medidas, sociales y legislativas, que resultasen eficaces para la inclusión y protección del colectivo. Por un lado, existía la pretensión de crear una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que no pudo implementarse debido a la inmadurez social y jurídica existente por aquel entonces en la materia<sup>10</sup>. En contrapartida, dicho periodo culminó con la aprobación de *las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, que pese a no ser un texto vinculante, ofrecía unas líneas maestras de actuación futura, encaminadas hacia la incorporación del modelo social de la discapacidad en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Al parecer evidente su vinculación con los Tratados Internacionales de derechos humanos, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas

7 SANJOSE GIL, A.: “El primer tratado”, cit., p. 17.

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

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

10 SANJOSE GIL, A.: “El primer tratado”, cit., pp. 25-27.

con discapacidad fueron aceptadas plenamente como una herramienta más de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Así dicho órgano señala que: “Cualquier violación del principio fundamental de igualdad y cualquier discriminación o diferencia negativa de trato de las personas con discapacidad, que contravenga las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, vulnera los derechos humanos de estas personas”<sup>11</sup>.

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

El articulado del texto encuentra su fundamentación principal en el respeto por el valor de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, y en particular, en el valor individual que albergan todas las personas con discapacidad. Para ello, insta a los Estados a adoptar medidas que fomenten la erradicación de los procesos excluyentes, estableciendo espacios de concienciación social sobre la problemática, y activando planes especiales en diferentes aspectos estratégicos (accesibilidad, igualdad de oportunidades, etc.), que aseguren el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación<sup>12</sup>.

## 2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

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

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

Sin duda, la discapacidad no es un fenómeno estático, sino que su evolución se liga de facto con las consideraciones sociales y jurídicas tendentes en cada momento, es decir, la concepción de las personas con discapacidad ha ido variando de forma

---

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

12 LIDÓN HERAS, L.: *La Convención*, cit., pp. 66-69.

13 SANJOSÉ GIL, A.: “El primer tratado”, cit., pp. 5-8.

ostensible a lo largo del tiempo, por lo que la Convención Internacional aparece como una herramienta más en el proceso de la equiparación de derechos y la erradicación de los procesos excluyentes, en los que se ven inmersos las personas que poseen algún tipo de discapacidad.

Por lo tanto, la Convención debe de ser entendida como un avance jurídico, ético y social, en lo que respecta a la conceptualización de los derechos de las personas con discapacidad. Lo recogido en ella, no sólo supone un hito histórico en lo concerniente al “mundo” de la discapacidad, sino un elemento que representa la configuración de unos parámetros internacionales que abogan por la justicia social, y por ende, en la elaboración de una sociedad más igualitaria, democrática y respetuosa con la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. El contenido pivota sobre la premisa de erradicar o remover los obstáculos de índole social que, al interactuar con las personas con discapacidad, dificultan o excluyen a las mismas y les privan de ejercer sus derechos de forma igualitaria, respecto al resto de la ciudadanía.

Este nuevo marco normativo conlleva importantes consecuencias para las personas con discapacidad, sobre todo las relacionadas con la necesaria “visibilidad” que se impulsa desde el plano internacional, así como su consideración dentro del espacio de los derechos humanos y el consiguiente mecanismo legal para darles cobertura<sup>14</sup>.

### A) Igual reconocimiento como persona ante la Ley.

Inserto en el abanico de disposiciones vinculadas a la igualdad dentro de la Convención, y partiendo de la premisa que las dificultades que se encuentran las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones, en ocasiones pueden estar motivadas por las barreras existentes en nuestro entorno social<sup>15</sup>, el art. 12 señala la necesidad de remover cualquier obstáculo que dificulte el acceso del colectivo al disfrute y reconocimiento de su plena capacidad, instando a adaptar los procesos relativos a la determinación de la capacidad recogidos en los ordenamientos nacionales, a la idiosincrasia única y personal de cada sujeto.

Así, en el artículo mencionado se cita: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás

14 PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: *El modelo de la diversidad: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas, Madrid, 2006, pp. 208-211.

15 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”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de La Rioja*, 2009, núm. 10, pp. 71-74.



en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Mediante lo expuesto, la Convención hace un especial hincapié en la capacidad que poseen todas las personas con discapacidad para disfrutar y ejercer sus derechos, y en especial, aquellas que hasta el momento parecían haber quedado al margen de todas las regulaciones internacionales y nacionales, es decir, las personas con una discapacidad intelectual o una enfermedad mental<sup>16</sup>.

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

En la misma línea, no atañe a las personas con discapacidad “demostrar” su valía para disfrutar de una plena capacidad, de tal forma que una práctica habitual sea ser privada de ella y sustituida por un tercero; sino que es el constructo social el que debe amoldarse a las circunstancias personales de las personas insertas en el colectivo<sup>17</sup>. Lo expuesto hace referencia a las situaciones en las que se asocian ciertas discapacidades a una nula capacidad para autogobernarse de forma eficiente, este enfoque errático debe de ser sustituido por nuevos planteamientos que insten a la sociedad a implementar herramientas, que busquen adecuar las condiciones sociales que dificultan el acceso al disfrute de la plena capacidad del colectivo.

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

16 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5, pp. 53-80.

17 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: “Capacidad Jurídica”, cit., pp. 62-65.

mismas, se debe de proceder a implementar los ajustes necesarios – puede ser el apoyo de un tercero- que faciliten la toma de decisiones propias<sup>18</sup>.

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

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

La capacidad de obrar no puede ser cuestionada simplemente por la existencia de una discapacidad psíquica, hecho que vulneraría de facto el art. 5 de la Convención Internacional, y que rompe con el status clásico, que asociaba ciertas discapacidades con procesos de incapacitación total.<sup>19</sup> En consecuencia, se debe de analizar, además de la idiosincrasia individual de cada sujeto, las características sociales y ambientales, con el fin de diseñar los apoyos necesarios que precise en el ejercicio de su capacidad<sup>20</sup>.

### 3. Protección de las personas con discapacidad en la Constitución española.

La Constitución española de 1978 supone el marco legislativo que recoge el cambio del modelo social y político surgido tras la finalización del régimen franquista. Los nuevos aires renovadores y democráticos confluyen en la redacción de la Carta Magna que impulsa valores como la igualdad, la libertad o la dignidad, conceptos

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

19 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M: “Capacidad Jurídica”, cit., pp. 55-60.

20 CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema”, cit., pp. 68-72.

que supusieron varias décadas de luchas y ostracismo, y que perseguían asegurar un modelo en el que el libre desarrollo de los ciudadanos fuera una meta irrenunciable.

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

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

Otra de las premisas recogidas en la Constitución, y que sin duda tiene un importante impacto en el devenir de la capacidad otorgada por los marcos legislativos a las personas con discapacidad en nuestro país, se halla en el Art.10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. 2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En el punto 1 del presente artículo, se hace referencia a un término que supondrá la base sobre la que se articularán las posteriores Leyes referentes a la protección de las personas con discapacidad, la dignidad humana.

Como hemos mencionado en el capítulo referente a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos no cita directamente a las personas afectadas por algún tipo de discapacidad, lo que supuso un vacío legislativo que trajo consigo el incremento en las posteriores décadas de los niveles de exclusión y pobreza del colectivo<sup>21</sup>, aun así, los postulados aceptados y recogidos en dicho texto, fundamentaron muchos marcos constitucionales posteriores, incluido el de nuestro país. Lo mencionado, y la vinculación expresa de la dignidad humana con los Tratados Internacionales

---

21 URMENETA, X.: “Discapacidad y Derechos Humanos”, cit., p. 74.

ratificados por España, en especial la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, confieren una importante impronta al citado artículo.

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

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

El denominador común de los textos Constitucionales coetáneos al español –salvo el portugués–, es la no inclusión de artículos específicos en referencia a las personas con discapacidad. En los últimos tiempos, dicha práctica viene siendo corregida, aunque en muy pocas ocasiones se recogen concreciones tan plausibles como en nuestro país<sup>22</sup>.

Así, debemos referir lo dispuesto en el art. 49 de nuestra Constitución: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

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

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

---

22 DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 63.

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

Por esta condición de informadores, los principios referidos no son preceptos vacíos de contenido, sino piezas fundamentales a la hora de analizar el resto del contenido Constitucional y las Leyes. Además, pese a no ser derechos fundamentales, y por lo tanto, no tener amparo directo por el órgano constitucional, estos principios podrán ser invocados en consonancia con lo que la legislación ordinaria contemple en su desarrollo<sup>23</sup>.

Por lo tanto, queda patente que la Carta Magna deja en manos del legislador; el tiempo y forma en el que se desarrollarán los preceptos recogidos en el Capítulo III del Título I –incluido el art. 49–, por lo que la protección y consideración hacia las personas con discapacidad, dispensada por la legislación española en este ámbito, será analizada en virtud de las Leyes que han venido regulando dicha cuestión.

#### **4. Hitos normativos en España en materia de discapacidad en el ámbito de la protección pública.**

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

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

En materia educativa se reconoce al acceso al sistema general de educación, recibiendo los apoyos que fuesen necesarios para lograr la plena inclusión del

---

23 DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales”, cit., p. 69.

colectivo en la citada materia. La educación especial queda reservada a los casos indicados y valorados específicamente por profesionales ductos en la materia<sup>24</sup>.

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

Otro de los marcos legislativos con una especial impronta respecto a las personas con discapacidad es la Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2013), que recoge por primera vez las circunstancias sociales como causa de exclusión y/o vulneración de las personas con discapacidad, por lo que establece un marco normativo que trata de remover dichos obstáculos sociales con el fin de lograr una plena inclusión de las personas con diversidad funcional<sup>25</sup>. Es por ello que se recogen preceptos como “vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad”. Para asegurar el cumplimiento de la Ley, se crean mecanismos de tutela judicial en casos de discriminación o incumplimiento en el acceso universal a cualquier producto y servicio<sup>26</sup>, además de instaurar medidas de acción positiva compensatorias en casos de especial vulnerabilidad dentro del colectivo (mujeres discapacitadas, niños y niñas con discapacidad, personas con mayor necesidad de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la libre toma de decisiones, etc.).

Por último, la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, pretende establecer un marco legal basado en la igualdad y no discriminación de las personas inmersas en circunstancias que, debido a sus características físicas, psíquicas o sensoriales, impiden el libre desarrollo en la práctica de las actividades básicas de la vida diaria.

---

24 CASANOVA CORREA, J.: “La política de Inclusión Social de los discapacitados en Sociología”, *Mundos sociales: saberes e prácticas*, 2008, pp. 5-8.

25 En su art. 1.1, la Ley muestra una clara impronta social, en lo que respecta a los motivos que dan origen a la discapacidad, y en la integración como vehículo para la igualdad. Así define: “Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

26 CASANOVA CORREA, J.: “La política”, cit., p. 10.

Para ello se instaura un “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” que alberga recursos y prestaciones con el fin de minimizar el impacto de dichas disfunciones, es decir, se considera que la situación de dependencia es consecuencia de las diversidades funcionales personales, lo que retiene una impronta del modelo medico/rehabilitador. La Ley obvia la creación de mecanismos de eliminación de barreras sociales que también son agravantes de la dependencia,<sup>27</sup> y aunque quizá el objeto a abordar no era este, en mi opinión se trata de un factor clave para implementar de una forma eficiente e integral la promoción de las personas en situación de dependencia.

Aunque la materia reflejada en las Leyes citadas –existe más normativa en referencia al colectivo-<sup>28</sup>, es muy abundante y relevante para el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad en nuestro país, lo plasmado pretende reflejar las líneas maestras referidas a la concepción jurídica observada en nuestra legislación, así como la evolución hacia un modelo social acorde con lo expuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## 5. Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención Internacional.

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

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

27 De ASÍS ROIG, R.: “ Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, núm. 5, pp. 3-11.

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

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

a) Una ostensible reforma de la Ley de propiedad horizontal, con el objetivo de realizar las actuaciones y obras de accesibilidad que sean necesarias.

b) Análisis del impacto de las Leyes en materia de discapacidad, respecto al impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando dicho impacto sea relevante.

c) Reconocimiento expreso al derecho a indemnización, cuando una persona sea discriminada por motivos vinculados a la discapacidad

d) La creación del observatorio nacional de la discapacidad.

e) La designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recaído en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

f) Reforma en la normativa de contratación pública, así como el reforzamiento de las sanciones por no cumplir con la cuota de contratación de personas con discapacidad del 2%.

g) El cupo de reservas en la oferta pública de empleo, no será inferior al 7%, además se establece que las Administraciones públicas competentes adoptarán las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y la adaptación de los puestos de trabajo en la función pública<sup>29</sup>.

Para finalizar con este breve análisis, cabe mencionar lo recogido respecto a la capacidad de las personas con diversidad funcional en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que se especifica que:

“1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

---

29 ALCAIN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.Á., MOLINA FERNÁNDEZ, C., GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, J.: *Informe 2011: La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2011, pp. 33-34.



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

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones<sup>30</sup>.

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

## II. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

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

En primer lugar, la capacidad jurídica alude a que toda persona, por el hecho de serlo, es sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su defunción. Dicha capacidad tiene su fundamento en el precepto de personalidad recogido en el art. 29 CC<sup>31</sup>, y en lo referente a los derechos que llevan implícita la igualdad y dignidad que son reconocidos a todos los seres humanos dentro de la Constitución Española.

Por lo tanto, la capacidad jurídica es universal (alcanza a todas las personas), incondicional (ya que no requiere ningún requisito para disfrutarla) e inmutable (no existe graduación que la contemple, es decir, no varía a lo largo del tiempo)<sup>32</sup>.

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

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

31 El art. 29 del CC define que "El nacimiento determina la personalidad...".

32 COMES MUÑOZ, E. y ESCALONILLA MORALES, M.B.: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 170.

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

Por lo tanto, las personas con discapacidad –en su gran mayoría mental o intelectual- pueden verse sometidas a procesos judiciales, en los que –como se ha venido practicando con gran asiduidad- se les suprime totalmente su capacidad de obrar, fundamentando dicha actuación en las características personales que dificultan su autogobierno.

### **I. Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad.**

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

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

El precepto señalado hace referencia a la necesidad de la existencia de persistencia en la enfermedad, es decir, que esta presumiblemente sea perdurable en el tiempo. Al respecto, y como bien señala SANTOS URBANEJA, la dificultad reside en discernir la capacidad de autogobierno futura, ya que es innegable que muchas enfermedades o deficiencias no son inamovibles o estáticas, sino que pueden ser susceptibles de mejora o transformación<sup>33</sup>. Por lo tanto, podríamos entender que los casos que respondiesen a este último supuesto, no encajan en lo estipulado en el Código Civil, por ende, no deberían de ser contemplados en los procesos de modificación de la capacidad.

Pese a ello, y como vía judicial para poder devolver o modificar la capacidad de las personas que previamente hayan sido incapacitadas, pero no concurren en ellas

33 SANTOS URBANEJA, F.: “Realidad actual de los procesos de incapacitación”, *Jornada Fundación AEQUITAS-Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2009, p. 5.

las causas necesarias para que persista dicha situación, se contempla la posibilidad de reintegrar o modificar el alcance de la modificación de la capacidad.

## 2. Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela.

Las disposiciones recogidas en la sentencia, siempre y cuando la modificación de la capacidad se lleve a cabo, darán lugar a la asunción de diversas formas de representación legal, esta supone que “el incapaz y el incapacitado que carecen de capacidad de obrar no pueden actuar en el mundo jurídico por sí mismos. Por ello, precisan que sea otra persona la que actúe en su nombre y representación: tal persona es el representante legal. Distinto es el caso del que tiene capacidad restringida, que actúa él mismo, no tiene representante legal, pero para ciertos actos jurídicos precisa complemento de capacidad”<sup>34</sup>. Pese a que la Convención Internacional establece un sistema que choca con el uso y significado que se le otorga a la tutela en nuestro Código Civil, el objeto de debate no debe centrarse en dicha casuística, sino en el uso otorgado a las figuras de representación y su utilidad para hacer valer los preceptos de la Convención.

### A) La tutela.

La tutela en nuestro Derecho es el mecanismo de representación más regulado y completo, se constituye de la misma forma que la patria potestad prorrogada, y comporta una serie de derechos y deberes.

El tutor es el representante legal de la persona a la que se le ha modificado la capacidad, y le sustituye en los actos con trascendencia jurídica, aunque la propia sentencia puede limitar su ejercicio a determinados actos de forma gradual o limitada. La tutela implica que el tutor debe de velar, cuidar, educar y alimentar a la persona tutelada, además de ser representante legal y administrador de su patrimonio (esto último con grandes limitaciones).

Aunque la tutela se instaure en toda su extensión, esto no debe de suponer que se ejerza de la misma forma durante toda su vigencia, ya que siempre debe de ser tan flexible, como las circunstancias cambiantes en la persona del tutelado<sup>35</sup>, además y como queda recogido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se debe de tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona tutelada.

---

34 O'CALLAGHAN, X.: “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 292.

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

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

## **B) La curatela.**

La curatela no supone la representación legal de la persona con discapacidad, sino que, con relación al susodicho, el curador complementa la actuación jurídica del incapacitado parcial, ya que la sentencia que modifico su capacidad no le privó de la capacidad de obrar; sino que la acotó respecto a los actos jurídicos que expresa, precisando el consentimiento (complemento de capacidad) del curador<sup>36</sup>.

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

Desde dicho sistema, las decisiones referentes a los actos con trascendencia jurídica se toman "con" la persona, y no "en lugar de" ella. Esta consideración, debería de ser la piedra angular de los sistemas para el apoyo y protección de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento, o al menos, ser el referente prioritario en los procesos de modificación de la capacidad.

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

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

36 O'CALLAGHAN, X.: "Representación legal", cit., p.295.

### III. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

#### I. Tratamiento ambulatorio involuntario.

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

A diferencia de la mayoría de las personas con dolencias físicas, las aquejadas por trastornos de índole psiquiátrica suelen no tener una conciencia plena de la enfermedad, lo que dificulta el seguimiento de su pauta farmacológica. En dichos casos el seguimiento de un tratamiento ambulatorio sería lo idóneo para lograr la mejoría del paciente: el seguimiento de la terapia y de la medicación prescrita por los facultativos, sería lo único imprescindible. Así, si no existe cooperación por parte del paciente, o se procede a su ingreso involuntario, o bien se articula un sistema que asegure el seguimiento de la pauta médica sin obviar el fin último, la integración del enfermo, acudiendo al tratamiento ambulatorio involuntario<sup>37</sup>.

El debate acerca de la utilidad y viabilidad de los tratamientos ambulatorios involuntarios –a partir de ahora TAI-, ha surgido en torno a dos grandes materias implicadas en dichos supuestos. Por un lado, desde el punto de vista *científico* se discute sobre la verdadera utilidad de los TAI para dar solución a la problemática antes planteada, por otra parte, desde el ámbito *jurídico* se plantea si el ordenamiento español puede legitimar y ordenar directamente dicha práctica.

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

En el año 2004, con una propuesta de modificación legal y en noviembre del 2006 con la presentación de un Proyecto de Ley, se inicia un interesante debate en nuestro país acerca de la regulación y funcionamiento de los TAI. Por un lado, la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales – FEAFES- y los partidos políticos, proponían una modificación del Art.763 de la LEC,

37 LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 409.

que consistiría en añadir un punto más a lo dispuesto en el citado precepto, así este quedaría reflejado de la siguiente forma:

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

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

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

Actualmente, las personas que precisan esta atención continuada, se están viendo relegadas al más absoluto abandono, con la única medida disponible basada en el ingreso involuntario cuando existe una pérdida de calidad de vida alarmante, o bien se produce una situación de riesgo evidente para su propia integridad o la de terceras personas<sup>38</sup>. La experiencia profesional revela, que son habituales los casos en los que una persona ingresa 6 o 7 veces al año, con carácter urgente y de manera involuntaria en la Unidad de Agudos de los Centros hospitalarios, sin la certeza de que dicha persona vaya a seguir ningún tratamiento socio-sanitario en los periodos en los que resida en su domicilio.

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

A lo planteado por la FEAFES, se opuso la Asociación Española de Neuropsiquiatría –AEN, citando lo siguiente<sup>39</sup>:

38 LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: “El tratamiento ambulatorio”, cit., p.405

39 AEN <http://www.portalsaludmental.com/Article326.html> Noviembre 2006 (visto el 18 de Mayo de 2018).

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

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

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

4. El texto propuesto que intenta responder a la legítima frustración y desesperación de los familiares, adolece de imprecisión, falta de criterios sobre su aplicación, no considera los riesgos de generalización, ni tampoco delimita suficientemente las actuaciones correspondientes en caso de incumplimiento, ni los servicios que se requerirían para que tales medidas tuvieran efecto con lo que no representa una solución. Un problema de tratamiento (rehabilitación, etc.) y de soporte social (alojamiento, etc.) no va a ser solucionado por una Ley corriéndose el riesgo de una psiquiatrización de toda conducta anómala de los pacientes.

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

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

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

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

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

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

Así, huyendo de los postulados paternalistas que en ocasiones envuelven a los TAI, parece imprescindible vincular estos con el concepto de “necesidad clínica”, que como señala ROMERO CUESTA y GORROTXATEGUI LARREA<sup>40</sup>, debe de llevar consigo una deliberación sobre la clínica que presenta el paciente, los posibles beneficios y perjuicios del tratamiento, sin olvidar un aspecto crucial; la capacidad del paciente para decidir sobre sí mismo. En este caso, además de demostrar que el tratamiento prescrito es el adecuado y no existe otra medida menos restrictiva, será preciso evaluar el nivel de competencia del paciente para tomar decisiones autónomas. Entendiendo además que el rechazo a un tratamiento no implica necesariamente incompetencia ni la existencia de una enfermedad mental por sí misma.

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

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

La práctica nos ha revelado, que centrarse en el debate ético o judicial de la cuestión, solo ha servido para hacer patente la falta de respuestas óptimas, el

---

40 ROMERO CUESTA, J. y GORROTXATEGUI LARREA, M.: “Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética”, *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, 2009, vol. 29, núm. 124, p. 429.



abandono o el escaso grado de responsabilidad social que envuelve a los TAI. En mi opinión, es igual de inmoral vulnerar derechos, que privar a cualquier persona de su disfrute.

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

#### **IV. CONCLUSIONES.**

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

El principal problema que surge en pacientes con trastornos psiquiátricos agudos suele estar asociado a la poca o nula conciencia de la enfermedad que estos poseen, lo que dificulta un correcto seguimiento del tratamiento farmacológico dispensado desde las unidades de Salud Mental.

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAIN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.Á., MOLINA FERNÁNDEZ, C., GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, J.: *Informe 2011: La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2011.

BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: "Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5.

Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, "Panorámica de la discapacidad en España", 2008. Accesible en: <http://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>.

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

COMES MUÑOZ, E. y ESCALONILLA MORALES, M.B.: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

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", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2009, núm. 10.

DE ASÍS ROIG, R.: "Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, núm. 5.

DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

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

International Disability Alliance: "Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD". Accesible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>.

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

LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: "El tratamiento ambulatorio involuntario", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

O'CALLAGHAN, X.: "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

Organización Mundial de la Salud, "Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud", 2011. Accesible en: [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/)

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

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

PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: "El modelo de la diversidad: Una nueva visión bioética de la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, 2008, vol. 2, núm. 2.

ROMERO CUESTA, J. y GORROTXATEGUI LARREA, M.: "Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética", *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, 2009, vol. 29, núm. 124.

SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado de derechos humanos del S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 9.

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

SANTOS URBANEJA, F.: "Realidad actual de los procesos de incapacitación", *Jornada Fundación AEQUITAS- Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2009.

URMENETA, X.: "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 2010, vol. 8, núm. 38.

## FUENTES NORMATIVAS

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

Declaración de los Derechos de los Impedidos, aprobada mediante resolución 3477 de la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975.

Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad, resolución A/RES/37/52, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982.

Principios para la protección de la Salud Mental, resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

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

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

Observaciones finales dirigidas a España por el Comité Internacional encargado de supervisar el cumplimiento de los mandatos de la Convención, de 19 de octubre de 2011.

Ley 13/1982 del 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. (Vigente hasta el 4 de diciembre de 2013).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 15 de julio de 2015).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2003).

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

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

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

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

