

# La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat: impacte de l'article 12 en la capacitat jurídica i les figures de protecció en vista d'una possible reforma legislativa

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

Ferran Blanco Ros<sup>1</sup>

## Resum

Les previsions de l'article 12 de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat suposen un trencament en la manera en què interactuem amb les persones amb discapacitat des del punt de vista jurídic i social. Obliga a repensar i redefinir els paradigmes en els quals es basen les figures de protecció adreçades a aquest col·lectiu desplegadas al Codi Civil de Catalunya i, per extensió, el paper del treball social.

**Paraules clau:** (Dis)capacitat, capacitat jurídica, tutela, suport en la presa de decisions.

## Abstract

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

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

**Per citar l'article:** BLANCO ROS, Ferran. La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat: impacte de l'article 12 en la capacitat jurídica i les figures de protecció en vista d'una possible reforma legislativa. *Revista de Treball Social*. Col·legi Oficial de Treball Social de Catalunya, abril 2016, n. 207, pàgines 155-162. ISSN 0212-7210.

<sup>1</sup>Treballador social de la Fundació tutelar de les comarques gironines.

### Introducció

*La Convenció dels Drets de les Persones amb Discapacitat*<sup>2</sup> (a partir d'aquest punt empraré l'acrònim *CDPD* per a referenciar-la) suposa un avenç important per a tots aquells que considerem que la consecució d'una societat més justa, igualitària i equitativa és possible. La *CDPD*, pel seu caràcter general com a tractat internacional afecta a tota la població d'un país però, en especial, a les persones subjectes a una deficiència de caràcter físic, psíquic, intel·lectual o sensorial, ja que neix amb l'objectiu de promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans -afegint una capa de concreció legal transversal al desplegament d'aquests- per a totes les persones amb discapacitat i promocionar el respecte de la seva dignitat inherent.

Malgrat tot, la *CDPD* es troba actualment en un impàs jurídic i legislatiu per diferents motius sotmesos a discussió: d'una banda podem teoritzar sobre la impossibilitat de dur-la a terme efectivament, sobre la falta d'una voluntat política decidida, valenta i resolutiva al respecte o bé podem aduir que falten mecanismes suficientment específics, clars o proporcionals que s'adeqüin a allò que es preveu assolir amb la *CDPD*. Aquest article intenta redreçar alguna d'aquestes qüestions des d'una perspectiva holística aplicada des del treball social.

Laboralment, el professional del treball social es pot ubicar en molts àmbits: sociosanitari, d'atenció a les persones amb discapacitat, d'atenció des dels serveis socials bàsics o especialitzats o d'atenció des de qualsevol altre recurs públic o privat on la figura del treballador social sigui present. A causa d'aquesta diversitat professional en l'exercici d'una feina concreta amb unes bases compartides, aquest article pretén esdevenir una eina per a tots aquells que exerceixin la professió focalitzant en els possibles canvis que es poden produir en el marc legal que afectin la seva tasca i, de retruc, els seus beneficiaris.

### La Convenció dels Drets de les Persones amb Discapacitat

Sembla inqüestionable assumir que perquè s'hagi arribat al punt de configurar un tractat d'aquesta magnitud, és requisit previ la constatació de la vulneració sistemàtica de determinats drets de les persones amb discapacitat. De manera gràfica, podem comprovar en la següent classificació quins són els drets més afectats i els entorns on la probabilitat en què es produeix aquesta vulneració és major (DREW, 2011).

<sup>2</sup> Feta a Nova York el 13 de desembre de 2006 i ratificada per Espanya el 23 de Novembre de 2007 (publicada al BOE el 21 d'abril de 2008).

Drets humans més vulnerats segons usuaris dels serveis de salut mental en ordre descendent

- Exclusió, marginació i discriminació a la comunitat
- Negació o restricció de drets i oportunitats laborals
- Abús i violència física
- Impossibilitat d'accedir a serveis de salut mental efectius
- Abús o violència sexual
- Detenció arbitrària
- Denegació de l'oportunitat de contraure matrimoni o formar una família
- Falta de mitjans per a exercir la seva independència en la comunitat
- Denegació de serveis de salut bàsics
- Explotació econòmica

Entorns més susceptibles on es pot produir una violació dels drets humans en ordre descendent

- Espais públics de la vida ordinària
- Llar i entorn familiar
- Entorn laboral de facto o potencial
- Institucions psiquiàtriques i de salut mental
- Hospitals i centres de salut
- Presons, dependències del sistema policial i del sistema legal
- Administracions de l'Estat i serveis oficials
- Entorn acadèmic (escoles, instituts,..)

## Impacte de l'article 12 de la CDPD en l'àmbit internacional i nacional

La CDPD -a través de l'article 12- unifica sota el paraigua de Capacitat Legal, la dimensió estàtica (capacitat jurídica) i la dimensió dinàmica (capacitat d'obrar) de la subdivisió del mateix concepte que en fa l'ordenament jurídic espanyol, fusionant indivisiblement la titularitat d'un dret amb l'aptitud de l'individu per actuar de forma efectiva en les relacions jurídiques en què intervé. Aquest fet genera debat a escala internacional arran de la necessitat o no d'adaptar el corpus legislatiu de cada país als requeriments de la CDPD pel que fa a les mesures de protecció legal vigents, és a dir, la manera com l'estat a través dels òrgans judicials procedeix a limitar la *capacitat d'exercici* d'un dret d'alguns dels seus ciutadans en considerar que requereixen una protecció especial en comparació amb els altres.

En l'àmbit nacional han sorgit dues interpretacions a priori oposades: la primera d'elles sosté que els mecanismes de protecció jurídica de les persones amb discapacitat del nostre ordenament jurídic s'oposen completament a les previsions de l'article 12 de la CDPD, ja que limiten la capacitat d'obrar de les persones amb discapacitat produint *discriminació* en l'exercici de drets concrets i, conseqüentment, cal derogar, abolir o reformar totalment el corpus legislatiu. L'altra interpretació sosté que el sistema patri de protecció és compatible amb el que estableix l'esmentat article i que només cal adaptar-lo, ajustar-lo o complementar-lo per complir les previsions de la CDPD. Vegem-ho amb més detall:

El sistema de protecció jurídica de les persones amb discapacitat al nostre país es configura articulant diversos mecanismes de pro-

tecció entre els quals la *incapacitació* contempla figures com la *tutela*, la *curatela*, la *guarda de fet* i el *defensor judicial*<sup>3</sup>. En el cas de Catalunya, s'hi sumen l'*assistència* i el *patrimoni protegit*. És imprescindible distingir entre aquells mecanismes que actuen com a mecanismes de representació de la persona subjecta a la mesura judicial i, per tant, parteixen des d'un model de substitució en la presa de decisions i aquells que esdevenen un mecanisme complementari a la capacitat de la persona per prendre les decisions per ella mateixa, configurant-se des d'un model de suport a la presa de decisions. Així doncs, podem parlar que la *tutela* esdevé un mecanisme substitutiu, ja que atorga facultats de representació a una tercera persona per a determinats actes, la *curatela* esdevé un mecanisme de complement de capacitat per a determinats actes i l'*assistència* –en el cas català– es configura com a un mecanisme de suport en la presa de decisions.

La primera de les interpretacions abans introduïdes defensa l'abolició dels mecanismes substitutius en la presa de decisions, ja que considera que en la seva aplicació concreta no existeix garantia que es respectin les preferències i la voluntat de la persona a l'hora d'escollir la ruta d'acció concreta per a l'exercici d'un dret, ans al contrari, el criteri o principi que guia el tutor o representant legal no és el respecte a la voluntat o preferències de la persona sinó que actua en funció del millor interès objectiu per a la persona subjecta a la mesura. La crítica sosté que moltes vegades el millor interès objectiu per a la persona no és coincident amb la voluntat de la persona. Podem imaginar el cas d'una persona sota tutela per una discapacitat mental que rebutja l'adscripció a determinat tractament farmacològic, però el tutor legal considera que el millor interès objectiu per a la persona passa per l'adscripció al tractament esmentat. Els detractors del model de substitució de la presa de decisions argumenten que la coerció exercida per la mesura judicial anul·la l'autonomia i l'autodeterminació de la persona en atorgar a un tercer el poder de decisió sobre aquesta –i d'altres qüestions– produint una discriminació *de facto*. D'aquesta manera, una aproximació basada en el millor interès objectiu només és justificable quan s'han esgotat totes les vies possibles basades en el suport a l'individu per tal que pugui prendre la seva pròpia decisió sempre i quan la decisió substitutòria es basi en la *millor interpretació de la voluntat i les preferències de l'individu*.

L'altra interpretació addueix que els mecanismes de substitució en la presa de decisions no generen cap tipus de discriminació per raó de discapacitat, sinó que es fonamenten en el dèficit de la persona en relació amb la seva capacitat natural o d'autogovern és a dir, la manca de capacitat per entendre, valorar, decidir i operar en funció de les conseqüències d'una determinada acció, fet que justificaria l'activació de mesures específiques destinades a la seva

<sup>3</sup> Mecanismes regulats específicament en els art. 199 a 313 del CC i en els art. 221-1 a 227-9 del CCC.

protecció<sup>4</sup>. En la mateixa línia, la doctrina sosté que el sistema vigent és flexible en la mesura que l'autoritat judicial –via sentència– s'encarrega d'establir l'extensió i límits de la mesura, indicant quins actes pot realitzar la persona per si mateixa, quins ha de realitzar amb complement de capacitat i quins no pot realitzar de manera individual. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014)

Com a models teòrics que sustenten aquestes interpretacions, podem inferir que aquells contraris a l'aplicació de qualsevol mecanisme de modificació de la capacitat d'obrar es basen en la crítica al *model mèdic de la discapacitat* com a inspirador de les bases que sustenten el sistema. S'addueix que el sistema jurídic es configura basant-se en la consideració de la persona normal (sic) com a subjecte de dret sobre la qual s'articula tota normativa (GOODING, 2015). La relació causa-efecte que proposa el model mèdic pressuposa que existeixen en les persones determinades característiques o capacitats cognitives considerades normals, apropiades o desitjables que les faculden o capaciten per decidir entre determinades accions en relació amb la manera com gestionen la seva vida o com exerceixen els seus drets de manera correcta, és a dir, de manera lliure, autònoma, independent i responsable (CUENCA GÓMEZ, 2014).

Entenent que aquesta manera de conceptualitzar la persona d'acord amb uns patrons estàndards és certament abstracta i idealitzada, aposten pel *model social de la discapacitat* (PALACIOS, 2008) que conceptualitza la discapacitat no tan sols en l'existència de la deficiència, sinó que proposa que la influència dels factors socials i culturals la determinen en bona mesura. La distinció terminològica entre deficiència i discapacitat és important en la mesura que el primer dels termes fa referència a la condició física o mental de l'individu, mentre que el segon es refereix al desavantatge causat per l'organització social contemporània que no considera, o considera insuficientment, a les persones amb deficiències i per aquest motiu en restringeix, limita o, fins i tot exclou, de la participació social.

L'èmfasi en la diferència i en la deficiència es veu ara superat per un canvi de paradigma en positiu en la manera d'aproximarnos a la discapacitat: ja no es tracta de focalitzar en els aspectes negatius sinó en rescatar i accentuar les capacitats de les persones intentant acomodar les necessitats individuals i col·lectives en l'activitat econòmica, social i cultural. La capacitat jurídica no és un atribut natural en les persones, sinó que és una construcció social pròpia del dret que històricament ha servit com a mecanisme d'exclusió del món del Dret i dels drets a determinats col·lectius. S'addueix el fet que aquesta dicotomia entre capacitat-incapacitat i normalitat-diferència ha privilegiat determinats tipus de capacitats i determinades maneres de desenvolupar-les en detriment de l'alteritat en la forma de funcionar, fet que considera injustificable si considerem que totes les persones en algun moment de la nostra

---

<sup>4</sup> Argument esgrimit per la STS. 282/2009 de 29 d'abril.

vida ens trobem superats per alguna situació i cerquem l'ajuda i el suport dels altres i no per aquest motiu se'ns considera incapaços des d'un punt de vista jurídic. (CUENCA GÓMEZ, 2014).

### Reformar i adaptar o derogar i reconstruir?

Si bé és cert que el *Comitè de la CDPD* insta a abolir les mesures de protecció judicial basades en mecanismes de substitució en la presa de decisions<sup>5</sup>, el nostre país es troba en un impàs, immòbil, al respecte. Suprimir el procediment d'incapacitació i adaptar-se a l'article 12 implica forts reajustaments en el Dret patri pel que fa a les mesures de protecció a les persones. La *CDPD* aposta per la implementació de mecanismes de suport a la presa de decisions com a alternativa als mecanismes substitutius però no especifica quins són aquests mecanismes ni en concreta la forma ni el contingut de manera específica, deixant a la imaginació dels estats adherits el seu desenvolupament.

Els mecanismes de suport en la presa de decisions suposen una revolució a l'hora d'aproximar-nos a la protecció dels drets de les persones en aquesta situació específica de necessitat però al mateix temps plantegen una sèrie de problemes difícils de resoldre. Aquests mecanismes es basen en la complementació de la capacitat natural i inherent a totes les persones de prendre decisions en la mesura que, per part de terceres persones, s'ofereix suport individualitzat en aquelles àrees o qüestions que la persona desitgi o manifesti. Partint des de la voluntarietat i l'entesa mútua, en aquest sistema s'estableix una relació de confiança –contràriament als sistemes de substitució en què la relació és de caràcter paternalista– que possibilita que la persona rebi assistència per a prendre la seva pròpia decisió retenint plenament la seva capacitat legal. A banda, com que no hi ha intervenció judicial, és revocable en qualsevol moment a instància de part.

Abandonar totalment qualsevol sistema que limiti la capacitat d'obrar d'una persona comporta una sèrie d'inconvenients que cal considerar: en primera instància la inexistència de mecanismes que salvaguardin –com és el cas de la rendició de comptes requerida al representant legal– que les persones de suport o terceres persones no manipulin la persona ajudada per al seu propi benefici sumint-la en una situació *de facto* de desprotecció<sup>6</sup>. En segon lloc, la retenció de la plena capacitat a l'hora de prendre decisions per part de la persona pot generar inseguretat jurídica en el moment en què implica al mateix temps la retenció de la legitimació activa i la responsabilitat civil, fet que posa en dubte altres parts del marc legislatiu, en especial les relatives a l'anul·labilitat dels actes o

<sup>5</sup> (CDPD/C/GC/1, 19 de Maig de 2014, paràgrafs 26, 28 i 50)

<sup>6</sup> Podem pensar en el cas d'una venda patrimonial molt per sota del valor de mercat o en la firma de contractes amb clàusules abusives, per exemple.

contractes adquirits per aquestes persones. Estretament lligat a aquest apartat, és imprescindible, doncs, acceptar que aquestes persones es troben subjectes a assumir els riscos, conseqüències i responsabilitats que implica prendre determinades decisions per tal de garantir cert grau de seguretat jurídica respecte del caràcter irrevocable de certes decisions (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014).

## Aplicabilitat

Encara que Catalunya hagi estat pionera en introduir l'assistència, la figura més propera als mecanismes de suport a la presa de decisions que preveu la CDPD i la situació d'incertesa i immobilitat pel que fa a la seva aplicació, convé no oblidar que els ordenaments jurídics d'un país estan dissenyats de tal forma que permeten la màxima llibertat possible als ciutadans regulant situacions amb caràcter de mínims i deixant marge d'actuació més enllà del que predisposen. Per aquest motiu és important recalcar que disposem de força marge operatiu a banda –però no al marge– de la llei per impulsar iniciatives que garanteixin l'equilibri entre la protecció de les persones amb discapacitat i l'exercici dels seus drets. En aquest sentit, l'actuació des de la iniciativa pública i privada i la xarxa d'institucions sense ànim de lucre combinada amb un ús adequat i responsable de serveis ja existents esdevenen una peça clau per garantir aquest equilibri, especialment les institucions que desenvolupen en l'actualitat càrrecs tutelars, que parteixen des d'una posició privilegiada a l'hora d'integrar aquest nou paradigma que ens proposa la CDPD. No només perquè compten amb una estructura organitzativa desenvolupada sinó perquè disposen de l'experiència i dels recursos tècnics i humans necessaris per a gestionar un possible canvi de model. Certament, els professionals que integren aquestes entitats desenvolupen la seva tasca acostumats a tractar els problemes, qüestions o assumptes de persones amb diverses mesures de protecció jurídica així com disposen de cert grau de familiarització amb la manera en què els usuaris prenen les decisions, expressen els seus desitjos o manifesten les seves aspiracions.

## Redefinició de la tasca del T.S.

La materialització efectiva dels avenços que suposa aquest nou paradigma no depèn exclusivament d'una reforma legislativa i de l'acceptació dels governs i la seva actitud envers la seva implementació, sinó que depèn també del paper de les organitzacions i entitats que treballen per a capacitar les persones i del grau d'implicació dels professionals que hi treballen. El fet de saber que s'aproxima un canvi en la manera com es conceptualitzen i s'apliquen les mesures de protecció jurídica és d'especial interès per a tots els professionals del sector en la mesura que contribueix a sensibilitzar i generar una actitud diferent –que pot o no conduir

al canvi- envers els paradigmes tant en referència als models de protecció com als de construcció de la discapacitat. Sembla lògic assegurar que la pràctica professional s'enriqueix en la mesura que tenir coneixement d'aquesta informació permet millorar les funcions d'assessorament directe o indirecte i al mateix temps reforça el paper de nexa que desenvolupa el treballador social com a especialista en la *interacció* entre agents socials, públics i privats (FANTOVA, 2008).

És important també destacar l'embranchada que pot suposar per a eines pròpies del Treball Social com la història de vida un canvi que substitueixi la presa de decisions en base al millor interès objectiu per la millor interpretació de la voluntat de la persona en aquells casos en què no queda més remei que prendre una decisió per representació. De manera similar, crec que el professional hauria i haurà de ser especialment curós a l'hora de vetllar pels interessos de la persona discapacitada quan es tracti de protegir la seva integritat física, econòmica i patrimonial en moments de transició entre models, entenent que cal apostar pel model de suport en la presa de decisions -sia quina sia la forma final en què es materialitzi- com a pas necessari per a construir una societat més inclusiva i solidària. No serà curt ni fàcil, però la vida tampoc ho és i aquest fet no ens impedeix treballar per millorar-la i gaudir de cada moment que ens ofereix.

### Bibliografia

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