

# REVISANDO EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONSEJO DE EUROPA DESDE LA CONVENCIÓN DE LA ONU

**Patricia Cuenca Gómez**

*Ayudante Doctora de Filosofía del Derecho*

*Universidad Carlos III de Madrid<sup>1</sup>*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. DISCAPACIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- III. DISCAPACIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA EN EL CONSEJO DE EUROPA: 1. Discapacidad y capacidad jurídica en los Tratados de derechos humanos del Consejo de Europa. 2. Discapacidad y capacidad jurídica en la actividad del Consejo de Europa. 3. Discapacidad y capacidad jurídica en el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos humanos.

## PALABRAS CLAVE

Discapacidad; Capacidad jurídica; Consejo de Europa.

## RESUMEN

Este trabajo analiza el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa, y ofrece algunas claves para su revisión a la luz del “*derecho al igual reconocimiento ante la ley*” reconocido en el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las

---

<sup>1</sup> Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho”. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007) y “Dis-capacidad, in-dependencia y Derechos Humanos” (DER 2011-22729).

Personas con Discapacidad. Este artículo supone una revolución en la regulación tradicional de la capacidad jurídica que el Consejo de Europa debe impulsar para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

## I. INTRODUCCIÓN

La incapacitación y la sustitución a través de la tutela constituyen la respuesta general que la práctica totalidad de las legislaciones nacionales –y también de las legislaciones europeas– ofrecen a las personas, especialmente a las personas con discapacidad mental e intelectual, que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones. Aunque no se dispone en la actualidad de datos oficiales, al no existir una forma estandarizada de obtener estadísticas sobre esta cuestión a nivel nacional, se ha estimado que más de un millón de adultos de los Estados miembros del Consejo de Europa tienen restringida su capacidad jurídica<sup>2</sup>. En los próximos años, debido, entre otras razones, al envejecimiento de la población europea y a los avances médicos, este número puede crecer significativamente. Otras muchas personas que no tienen limitada formalmente su capacidad pueden encontrarse con graves obstáculos en su ejercicio y no contar con la asistencia necesaria para superarlos.

Como ha señalado T. Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, “Las personas con discapacidad mental o intelectual han sido discriminadas, estigmatizadas y reprimidas, incluso en los últimos años. Su mera existencia ha sido vista como un problema y a veces se ha escondido en instituciones alejadas o en la trastienda de los hogares. Han sido tratados como no personas, cuyas decisiones carecen de significado. Aunque en parte esto ha cambiado con el progreso de la causa de los derechos humanos, las personas con discapacidad mental o intelectual se siguen enfrentando a problemas relacionados con su derecho a tomar decisiones por sí mismas, también en asuntos importantes. Su capacidad jurídica se restringe o anula totalmente y son colocadas bajo la tutela de otra persona que tiene derecho a tomar todas las decisiones

---

<sup>2</sup> Esta es la cifra que maneja el *Mental Disability Advocacy Center*, organización no gubernamental que pretende avanzar en la lucha por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad intelectual o mental actual o percibida. Vid. sobre este centro “Other European Intergovernmental Organizations and Civil Society Groups” en G. Quinn y L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, vol.2, Intersentia, Netherlands, 2011, pp. 303-338, pp. 333 ss. y <http://www.mdac.info/en>, consultada por última vez el 1 de junio de 2012.

en su nombre”<sup>3</sup>. En tanto la capacidad jurídica se erige en la puerta de acceso al mundo jurídico y al ejercicio de todos los derechos<sup>4</sup>, su negación supone la muerte civil de la persona y, como también ha subrayado T. Hammarberg, su exclusión de todas las esferas de la vida social, y se traduce en privaciones y restricciones en sus libertades fundamentales.

Esta situación ha sido tolerada no sólo en el plano nacional, incluso por países que han venido adoptando políticas en materia de igualdad de las personas con discapacidad, sino también en el plano internacional, tanto por el sistema universal de protección de los derechos humanos como por los sistemas regionales<sup>5</sup>.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo que sigue CDPD, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor desde mayo de 2008, implica un cambio de paradigma<sup>6</sup> en el modo de abordar y regular la discapacidad que incluye una auténtica revolución<sup>7</sup> en el tratamiento tradicional de la capacidad jurídica orientada a lograr la igualdad en el ejercicio de los derechos y la inclusión y participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad.

En este trabajo pretendo analizar el tratamiento de la capacidad jurídica

---

<sup>3</sup> T. Hammarberg, *Viewpoint*: “Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights”, 21-09-2009, disponible en [http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/090921\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/090921_en.asp), consultada por última vez el 1 de junio de 2012.

<sup>4</sup> F. Bariffi, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en L.C. Pérez Bueno, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, p. 357.

<sup>5</sup> La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada en 1999 y en vigor desde 2001, único instrumento convencional previo a la CDPD que se refiere a las personas con discapacidad, en su artículo I.2 último inciso del apartado b establece que “en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.

<sup>6</sup> Vid. un estudio general de la Convención en A. Palacios y F. Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007; y en I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011. También, A. Lawson, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 34, 2007, pp. 563-619.

<sup>7</sup> G. Quinn, “Resisting the ‘Temptation of Elegance: Can the Convention on the Rights of Persons with disabilities Socialise States to Right Behaviour’”, en O. Armardottir y G. Quinn (eds.), *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Brill, Leiden, 2009, pp. 215-256.

de las personas con discapacidad en el sistema europeo de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa desde la nueva visión recogida en el artículo 12 de la CDPD. Para ello presentaré primero algunas de las claves de la revolución que supone el artículo 12 de la CDPD respecto de la regulación tradicional de la capacidad jurídica en las legislaciones nacionales, también en los sistemas jurídicos europeos, y expondré después el tratamiento que esta cuestión ha recibido en los tratados de derechos humanos del Consejo de Europa, en diversas resoluciones y recomendaciones de sus diferentes instituciones y en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

Como se comprobará, si bien el Consejo de Europa se ha comprometido con la implementación de la CDPD, que ha convertido en guía de sus actuaciones en materia de discapacidad, no ha terminado de asumir y desarrollar todas las implicaciones que se derivan de tomarse en serio la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

## II. DISCAPACIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El cambio de paradigma que, según se avanzó, la CDPD impone en el tratamiento de la discapacidad, posee tres grandes proyecciones estrechamente relacionadas<sup>8</sup>.

En primer lugar, la CDPD exige abordar la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y no desde un punto vista meramente asistencial. Manejando esta perspectiva, la Convención tiene por objeto, como se señala en el artículo 1, “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente*”, y los valores centrales que presiden el discurso de los derechos humanos (dignidad, igualdad, independencia, autonomía) se proclaman en el artículo 3 como los principios generales que deben guiar su aplicación e interpretación. Desde este enfoque, el texto

---

<sup>8</sup> R. de Asís Roig, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en L.C. Pérez Bueno, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, cit., pp. 307-318, pp. 315 y 316.

de la Convención reconoce a lo largo de su articulado un amplio catálogo de derechos –individuales y civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– que constituyen un núcleo normativo interrelacionado e interdependiente<sup>9</sup>.

En segundo lugar, la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos está estrechamente relacionada en la CDPD con la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad y la superación definitiva del denominado modelo médico<sup>10</sup>. El modelo social entiende que la discapacidad está originada, no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico–, sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de la personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones.

Esta visión, que impregna la totalidad del texto de la CDPD, se plasma nítidamente en la definición de personas con discapacidad. Así, en el Preámbulo de la Convención se afirma que *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*; y en el artículo 1 se señala que *“las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Y se deja notar también en la estrategia que adopta la CDPD, que consiste en adaptar los derechos humanos generales y comunes abstractamente diseñados por y para las personas “normales” -sin discapacidad- a la situación específica de las personas con discapacidad<sup>11</sup>, erradicando las barreras que dificultan su ejercicio y disfrute en condiciones de igualdad por parte de este

<sup>9</sup> Vid. inciso c) del Preámbulo.

<sup>10</sup> Vid. A. Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008. Vid. sobre la dialéctica modelo médico/ modelo social L. Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998; y M. Oliver, *Understanding Disability, From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996.

<sup>11</sup> J.E. Lord y M.A. Stein, “The domestic incorporation of Humans Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Washington Law Review*, n° 83, vol.4, 2008, pp. 449-479, p. 461.

colectivo. En esta estrategia desempeñan un papel de primer de orden la accesibilidad universal, reconocida en la CDPD como un principio en su artículo 3 y como un derecho en su artículo 9<sup>12</sup>, y los ajustes razonables que son definidos en su artículo 2<sup>13</sup>.

La tercera gran proyección del cambio de paradigma que implica la CDPD, directa consecuencia de las dos anteriores, consiste en el punto de inflexión que su artículo 12 marca en el tratamiento de la capacidad jurídica. En efecto, mientras que la regulación tradicional de esta materia es expresión de la perspectiva asistencialista que tiene como fin prioritario la protección de las personas con discapacidad y del modelo médico que considera que las dificultades que pueden encontrar en la toma de sus decisiones están provocadas exclusivamente por sus rasgos personales, el artículo 12 asume un enfoque de derechos humanos que prima la autonomía de las personas con discapacidad y que se centra, en consonancia con el modelo social, en la eliminación de los obstáculos del entorno que les impiden adoptar sus propias elecciones y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a su situación y a sus necesidades<sup>14</sup>.

El “derecho al igual reconocimiento ante la ley” reconocido en el artículo 12 exige a los Estados reafirmar que “*todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*” (inciso 1), reconocer “*que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*” (inciso 2), adoptar “*todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo*

---

<sup>12</sup> La Convención en su artículo 9 establece que, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos.

<sup>13</sup> Los ajustes razonables son, según la CDPD, “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”.

<sup>14</sup> Vid. un análisis más detallado de este cambio de perspectiva en P. Cuenca Gómez, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, n° 24, 2011, pp. 221- 257.

que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (inciso 3), asegurar “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” especificando algunas de ellas (inciso 4), y garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una serie de ámbitos patrimoniales en los que tradicionalmente han visto vulnerada su igualdad de oportunidades (inciso 5).

Trataré de sintetizar en lo que sigue los aspectos centrales de la revolución por la que apuesta el artículo 12 de la CDPD en la regulación de la capacidad jurídica<sup>15</sup>.

Frente a los vigentes sistemas de incapacitación que permiten restringir o incluso anular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el artículo 12 aboga por el reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Esta exigencia implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe siempre presumir y que la discapacidad o las deficiencias, por sí mismas, nunca pueden ser una causa para limitar la capacidad jurídica, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención<sup>16</sup>.

Muchas legislaciones nacionales se enfrentan claramente con esta exigencia al asumir en la evaluación de la capacidad, el llamado modelo de estatus en virtud del cual la detección de una determinada discapacidad, su tipo y su gravedad justifican de forma directa o indirecta la atribución de incapacidad<sup>17</sup>. Cabe precisar que la mayor parte de las legislaciones

---

<sup>15</sup> Vid. sobre este precepto los trabajos contenidos en A. Palacios y F. Bariffi (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, 2012. Vid. también los trabajos de G. Quinn, “An ideas paper. Rethinking Personhood: New Directions in Legal Capacity Law & Policy” or “How to Put the ‘Shift’ back into ‘Paradigm Shift’”, University of British Columbia, Vancouver, Canada, 29 April 2011 y “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGOfinal.doc>, consultada por última vez el 20 de mayo de 2012.

<sup>16</sup> Por discriminación por motivos de discapacidad entiende este precepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

<sup>17</sup> Vid. sobre los modelos de evaluación de la capacidad A. Dhanda, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, pp. 438-456.

europas que recogen este modelo asumen su versión indirecta<sup>18</sup> que no considera la discapacidad o las deficiencias<sup>19</sup> como causas inmediatas o automáticas de privación o limitación de capacidad, sino que exige adicionalmente que las mismas provoquen determinados efectos: que impidan a la persona cuidar u ocuparse de sus propios intereses (Francia, Italia, Serbia) comprender, entender o controlar sus acciones (Lithuania, Rusia), autogobernarse (España, Portugal). En todo caso, la concurrencia de este elemento se suele determinar también en función de parámetros médicos, por lo que en la práctica es la detección de los déficits la que justifica la restricción o anulación de la capacidad jurídica<sup>20</sup>.

Otros países, como sucede en Inglaterra y Gales, asumen el llamado método o aproximación funcional<sup>21</sup>. Desde este enfoque, una persona con discapacidad es considerada incapaz sólo si sus deficiencias le impiden desarrollar determinados actos o funciones específicas y únicamente en esas áreas. Aunque este método suele ser considerado como una evolución respecto del modelo del estatus, en tanto obliga a evaluar la capacidad de la persona de un modo personalizado y en relación con cada acto concreto, resulta problemático desde el punto de vista de la CDPD al justificar la privación parcial de la capacidad jurídica y pivotar, de nuevo, sobre la detección de los déficits personales manejando un enfoque estrictamente médico<sup>22</sup>.

A mi juicio, la CDPD exige evaluar la capacidad tomando en consideración la situación global de la persona, y, por tanto, no sólo los

<sup>18</sup> La posibilidad de diferenciar en el marco del modelo de estatus entre un modelo de atribución directa de incapacidad por razón de discapacidad y un modelo de atribución indirecta, es apuntada por F. Bariffi, "Capacidad jurídica y discapacidad: una visión de Derecho comparado", en A. Palacios y F. Bariffi, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., pp. 281-331, pp. 298 ss.

<sup>19</sup> Las legislaciones nacionales se refieren a la discapacidad con diversos términos que en muchas ocasiones resultan estigmatizantes y peyorativos (enfermedades, trastornos, alteraciones, anomalías). En Lithuania se alude a la "imbecilidad". En algunos países, como Portugal, se incluyen no sólo deficiencias de carácter mental o psíquico sino también discapacidades sensoriales, como la sordomudez o la ceguera, que en países como España han sido eliminadas.

<sup>20</sup> Vid. F. Bariffi, "Capacidad jurídica y discapacidad: una visión de Derecho comparado", cit., pp. 306-308, en relación con los sistemas español e italiano. También otros muchos sistemas no europeos asumen este modelo.

<sup>21</sup> En este sentido la Ley sobre Capacidad Mental de 2005 establece: "1. A los efectos de la presente Ley, una persona carece de capacidad en relación con un asunto, si al momento específico, la misma es incapaz de adoptar una decisión por sí misma en relación con dicho asunto debido a una deficiencia, o disturbio en el funcionamiento de la mente o el cerebro".

<sup>22</sup> Vid. las críticas al enfoque funcional que realiza F. Bariffi, "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", cit., p. 356.

factores individuales, las deficiencias, sino también los factores sociales, relacionados con el entorno, que dificultan el ejercicio de la capacidad jurídica. Y ello no con el objetivo de restringir o anular su capacidad jurídica, sino de establecer medidas adecuadas para favorecer su ejercicio.

En efecto, un segundo hito en la revolución del artículo 12 consiste en el reemplazo del modelo de sustitución en la toma de las decisiones por el modelo de apoyo<sup>23</sup>. Este modelo supone también la intervención de un tercero en la esfera de toma de decisiones de la persona, pero esa intervención no supone sustitución, sino asistencia en la toma de decisiones y, por tanto, no limita la autonomía de las personas con discapacidad, sino que la promueve y potencia<sup>24</sup>.

Algunas legislaciones europeas, en las reformas emprendidas en los últimos años han introducido mecanismos de asistencia que complementan los tradicionales mecanismos de sustitución<sup>25</sup>, pero es Suecia el único país que ha abolido la incapacitación y ha instaurado un auténtico sistema de apoyo en la toma de decisiones<sup>26</sup>. En el resto de los Estados la sustitución

---

<sup>23</sup> Vid. sobre los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, M. Bach, "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa", en A. Palacios y F. Bariffi, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., pp. 56-107, pp. 85 ss.

<sup>24</sup> A. Palacios, *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 286 ss.

<sup>25</sup> Por ejemplo Italia ha introducido la figura del *amministrazione di sostegno* o administrador de apoyo, pero ha dejado intacto su sistema de atribución de incapacitación y el sistema de sustitución. En España, el Código civil de Cataluña ha añadido -con el objetivo de cumplir, afirma, las exigencias de la CDPD- a las figuras del tutor y del curador propias del sistema de incapacitación, la figura del asistente.

<sup>26</sup> Vid. sobre el sistema sueco S.S. Herr, L.O. Gostin y H.H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*, Oxford University Press, 2003, pp. 440 ss. Este sistema gira en torno al *god man* como figura de apoyo predominante que no puede actuar sin el consentimiento de la persona. Ahora bien, cuando esta forma de asistencia es insuficiente o rechazada por la persona, si se considera necesario para cuidar de sus intereses, es posible recurrir a la figura *forvaltar* que puede adoptar decisiones sustitutivas. Por ello se ha considerado que aunque la legislación sueca es un paso importante en el camino marcado por la CDPD, es un paso insuficiente. Además, también se ha criticado que el funcionamiento del sistema de *god men* no establece salvaguardas adecuadas. Suecia ha desarrollado también la figura del "ombudsman personal" para dar apoyo a las personas con discapacidades psicosociales que requieren altos niveles de asistencia, que permite a las personas contratar directamente y bajo sus instrucciones a profesionales que les brinden apoyos personalizados. También Alemania ha abolido formalmente la incapacitación y ha sustituido la figura del tutor por la del *Betreuer*, que puede ser designado por el juez cuando una persona es incapaz de cuidar de sus propios asuntos. En tanto el juez puede determinar que los actos realizados por la persona no son válidos sin el consentimiento del *Betreuer*, se ha considerado que el sistema alemán instaura un modelo de co-decisión. En todo caso, el *Betreuer* debe obedecer

es casi siempre la regla general. En el caso de la incapacidad absoluta la persona queda bajo la tutela plena de un tercero, que decide por ella tanto en la esfera patrimonial como en la esfera personal<sup>27</sup>.

En gran parte de los sistemas jurídicos europeos se prevé, además, la incapacidad parcial para los casos de discapacidades mentales o intelectuales consideradas menos graves, que supone la sustitución de la persona en algunos ámbitos específicos.

Un tercer aspecto central del artículo 12 consiste en la obligación de establecer salvaguardas en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica orientadas a evitar los posibles abusos. De acuerdo con estas salvaguardas, las medidas destinadas a promover el ejercicio de la capacidad jurídica deben ser individualizadas, proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, deben estar sometidas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y deben respetar sus derechos, su voluntad y sus preferencias. En la actualidad, la legislación vigente en muchos países europeos, que en todo caso no se dirige con carácter general a promover el ejercicio de la capacidad sino a limitarlo, no respeta escrupulosamente estas salvaguardas<sup>28</sup>.

Importa tener presente que el “*derecho al igual reconocimiento ante la ley*” reconocido en el artículo 12 no es sólo un derecho sustantivo, sino también un principio transversal que confiere a las personas con discapacidad el poder de ejercer los demás derechos conforme a su propia voluntad<sup>29</sup>. De este modo, mientras que la privación o restricción de

---

los deseos del individuo bajo la condición de que sean en “su mejor interés”, por lo que en la práctica puede sustituir en general la voluntad de la persona. Vid. sobre el sistema alemán J. Exler-König, “The Reform of the German Guardianship Law, *Betreuungsverein Treptow-Köpenick*” (2006), disponible en <http://www.fortbildung-ehrenamtlicher-betreuer.eu/>, consultada por última vez el 1 de junio de 2012. Un análisis de estos y otros sistemas puede verse en A. Arstein-Kerslake, “El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos”, disponible en [http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica\\_03032010.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_03032010.doc), consultada por última vez el 1 de junio de 2012.

<sup>27</sup> Algunos países como Rusia, sólo contemplan la incapacidad total en relación con las personas con discapacidad, reservando la incapacidad parcial para las personas con determinadas adicciones. Como luego se verá, esta respuesta ha sido considerada por el TEDH desproporcionada.

<sup>28</sup> En efecto, como denuncian P. Barlett, O. Lewis y O. Thorol, *Mental Disability and the European Convention of Human Rights*, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 154; en muchos países los jueces proceden de manera rutinaria a privar de capacidad jurídica las personas con discapacidad en procedimientos que no cumplen las exigencias de un juicio justo. Como se verá, el TEDH se ha pronunciado sobre los requisitos que deben cumplir los procedimientos de incapacidad para ajustarse a estas exigencias.

<sup>29</sup> El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha subrayado

la capacidad jurídica y el modelo de sustitución suponen limitaciones en el ejercicio de los derechos por parte de las personas incapacitadas<sup>30</sup>, el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y el modelo de apoyo potencia las posibilidades de ejercicio de los derechos.

Conviene advertir que existen diferentes interpretaciones de las exigencias contenidas en el artículo 12 que son susceptibles de reconducirse a dos grandes lecturas<sup>31</sup>. La primera permite mantener con ciertas mejoras importantes -que consistirían en matizar el papel de las deficiencias en la atribución de incapacidad y en el respeto de las salvaguardas contenidas en el artículo 12.4-, la institución de la incapacitación y los mecanismos tradicionales de sustitución como último recurso, considerando que la presunción de capacidad jurídica y el sistema de apoyos son principios generales que admiten excepciones justificadas. La segunda aboga por dismantelar los sistemas de incapacitación entendiendo que la presunción de capacidad es una presunción *iuris et de iure* que no admite excepciones, y que el modelo de apoyo reemplaza totalmente al modelo de sustitución. Según esta lectura, la capacidad jurídica es un atributo universal que no se puede limitar, si bien admite diferentes modalidades de ejercicio. Los apoyos en este ejercicio pueden ser más o menos intensos, y en algunas situaciones extremas -en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona- pueden llegar a suponer que un tercero decida, pero esa decisión deberá tomarse desde el paradigma del apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa de vida de la persona, con

---

el “carácter central” que el art. 12 posee “en la estructura de la Convención” y “su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos”. Vid. “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009 [http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc). Vid. también el “Manual para Parlamentarios sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo elaborado por la ONU”. <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>. Ambas webs consultadas por última vez el 15 de mayo de 2012.

<sup>30</sup> Ciertamente, en algunas legislaciones europeas la limitación de la capacidad jurídica irradia en el ejercicio de todos los demás derechos, incluidos los derechos fundamentales. En otros países la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales requiere evaluar en concreto la capacidad de la persona, aunque se trate de una persona que tenga limitada en general su capacidad jurídica. Sin embargo, también en estos casos la evaluación de la capacidad gira en torno a test clínicos y no se proveen los apoyos necesarios para el ejercicio de los derechos. Esta segunda opción es, como después de comprobará, la asumida por el TEDH.

<sup>31</sup> A ellas hace referencia F. Bariffi en su trabajo “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, ya citado.

sus preferencias, sistema de valores, etc.<sup>32</sup>.

De la asunción de una u otra lectura depende la intensidad de las reformas que deben acometerse en las legislaciones nacionales<sup>33</sup>, y el sentido de la revisión que es necesario llevar a cabo en relación con el tratamiento de la capacidad jurídica en el Consejo de Europa para su armonización con las exigencias contempladas en la CDPD.

Tanto el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de vigilancia y garantía de la CDPD, en el contexto de la ONU<sup>34</sup>, como el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con discapacidad<sup>35</sup> en el contexto del sistema interamericano, se han decantando por una interpretación “revolucionaria” del artículo 12. También el sistema europeo de protección de los derechos debe apostar por esta lectura para acelerar las reformas de las legislaciones de los Estados de la región y garantizar que las mismas conviertan a las personas con discapacidad en sujetos activos de derechos en igualdad de condiciones.

<sup>32</sup> Vid. M. Bach, “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU”, *cit.*, pp. 80 ss.

<sup>33</sup> Hungría ha sido el primer país en adaptar su legislación al artículo 12 de la CDPD. Vid. F. Bariffi, “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión de Derecho comparado”, *cit.*, pp. 324-328. Esta reforma no adopta la lectura más avanzada del artículo 12 pues, aunque establece un sistema de apoyos, permite la restricción de la capacidad jurídica si la persona no puede dirigir sus intereses, sola o con apoyos, siempre que sea necesario para proteger a la persona de un perjuicio y otras medidas menos restrictivas no resulten suficientes. Otros muchos países europeos se encuentran actualmente revisando su legislación en materia de capacidad jurídica. Vid. [ec.europa.eu/justice/discrimination/files/dhlg\\_2nd\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/dhlg_2nd_report_en.pdf), consultada por última vez el 10 de junio de 2012.

<sup>34</sup> De las Observaciones finales que ha realizado sobre los informes iniciales presentados por algunos Estados parte se desprende que el Comité se decanta por el reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo. Estos informes están disponibles en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Sessions.aspx>, consultada por última vez el 10 de junio de 2012.

<sup>35</sup> El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad adoptó en mayo de 2011 una Observación General para re-interpretar el artículo 1.2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. Esta Observación considera que el modelo de sustitución en la toma de decisiones es discriminatorio, que la presunción de capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad no admite excepciones, y que el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución. Vid. P. Cuenca Gómez, “Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Reflexiones a la luz de la Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 5, n° 2, 2011, disponible en [http://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB\\_05\\_02\\_Cuenca.pdf](http://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_05_02_Cuenca.pdf).

### III. DISCAPACIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA EN EL CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa ha desarrollado desde la década de los años 50 una importante actividad en materia de discapacidad en la que puede apreciarse el tránsito desde la perspectiva asistencialista y el modelo médico, al enfoque de los derechos humanos y el modelo social<sup>36</sup>. Este cambio de perspectiva ha recibido un importante impulso con la adopción de la CDPD. En este apartado me centraré exclusivamente en el análisis de aquellos instrumentos normativos y actuaciones que tienen especial relevancia en relación con el tratamiento de la capacidad jurídica.

#### 1. Discapacidad y capacidad jurídica en los tratados de derechos humanos del Consejo de Europa

Al igual que sucedía hasta la adopción de la CDPD en el contexto del sistema universal de la ONU, tampoco los tratados internacionales sobre los que se sustenta el sistema europeo de protección de los derechos humanos han mostrado una especial sensibilidad hacia la situación de las personas con discapacidad<sup>37</sup>. La realidad de las personas con discapacidad ha sido tradicionalmente ignorada en estos instrumentos; generalmente se ha confinado a esferas relacionadas con el bienestar social o las políticas asistenciales, y cuando puntualmente se ha abordado se ha regulado desde un enfoque enfrentado con el que se maneja en la CDPD<sup>38</sup>.

En este apartado me detendré en el análisis de los dos instrumentos convencionales de derechos humanos que adquieren mayor importancia en relación a la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) que

---

<sup>36</sup> Vid. un análisis general de esta actividad en I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 178 ss.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 179.

<sup>38</sup> En este sentido, interesa indicar que la Carta social europea, que recoge derechos económicos, sociales y culturales sí se refiere a la discapacidad pero desde una perspectiva propia del modelo médico, Vid. *Idem*, p. 192 y J. Cardona Llorens, "La protección de los derechos de los discapacitados en Europa", en F. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa, *La protección de las Personas y los Grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2011, p. 353. Por ejemplo, el artículo 15 habla de inválidos, disminuidos físicos y mentales, y regula su derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.

reconoce básicamente, aunque no exclusivamente, derechos civiles y políticos, es el principal instrumento en torno al cual se articula el sistema europeo de protección de los derechos humanos. El texto del Convenio no menciona con carácter general, con una lamentable excepción a la que me referiré después, a las personas con discapacidad<sup>39</sup>.

En este punto resulta sintomática la omisión en la que incurrir tanto su artículo 14, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Convenio<sup>40</sup>, como el artículo 1 del Protocolo n° 12 firmado en noviembre de 2000<sup>41</sup>, que extiende la protección antidiscriminatoria a cualquier derecho “reconocido por la ley”, que no incluyen expresamente la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas<sup>42</sup>.

Pese a la ausencia de la discapacidad en el texto del CEDH, parece obvio que por su propia naturaleza este tratado protege a las personas con discapacidad y presenta, además, un importante potencial en la garantía de sus derechos. Sin embargo, no ha terminado de aplicarse en el ámbito de la discapacidad de manera adecuada, suficiente y efectiva<sup>43</sup>,

<sup>39</sup> Se ha señalado que el Convenio “Desconoce en su letra la especificidad de la desventaja de las personas con discapacidad para el ejercicio y respeto... de sus derechos”, E. Blanco Egido, “La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa” en R. de Lorenzo, L.C. Pérez Bueno (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 405-433, p. 415.

<sup>40</sup> Este artículo establece que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Suele entenderse que la protección antidiscriminatoria brindada por el art. 14 es una protección débil que carece de autonomía y presenta un carácter complementario respecto del resto de las disposiciones del CEDH, “The Council of Europe” en G. Quinn y L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, Intersentia, Netherlands, 2010, pp. 207-284, p. 212; I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., p. 183.

<sup>41</sup> Este Protocolo viene a solventar en parte la fragilidad del artículo 14, pues no limita la protección antidiscriminatoria a los derechos reconocidos en el Convenio pudiendo aplicarse también, por ejemplo, a los beneficios sociales, “The Council of Europe”, cit., p. 212 e I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., p. 187.

<sup>42</sup> Esta omisión es compartida por las cláusulas antidiscriminatorias de los Tratados de derechos humanos del sistema de protección de los derechos humanos de la ONU.

<sup>43</sup> L. Clements y J. Rrad, “The Dog that Didn’t Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights by Disabled People”, en A. Lawson y C. Goodwing (eds.), *Disability Rights in Europe, From Theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 23-33. Este escaso uso en el ámbito de la discapacidad es también predicable, de nuevo, de los instrumentos del sistema universal de protección de los derechos humanos, Vid. G. Quinn y T. Deneger, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 23, disponible en: [http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc), consultada

como muestra el bajo perfil de las personas con discapacidad en el *case law* del CEDH.<sup>44</sup> Este escaso uso está relacionado con las barreras de diversa naturaleza que las personas con discapacidad encuentran para acceder a la protección ofrecida por el Convenio y especialmente con la falta de percepción, compartida por todos los operadores relevantes en el funcionamiento del sistema pero también por las propias personas con discapacidad, de las limitaciones que padecen para participar en la vida social como supuestos de discriminación y de vulneración de derechos<sup>45</sup>.

Esta situación ha cambiado significativamente en los últimos años en gran parte como consecuencia de la adopción de la Convención de la ONU que pone fin a la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema universal de protección de los derechos y, como vaticinaron algunos expertos, ha tenido una repercusión positiva en el uso y aplicación de otros instrumentos convencionales de derechos humanos en el ámbito de la discapacidad presentándose como el “mejor catalizador” para la integración de esta cuestión en todos los mecanismos de vigilancia de estos tratados tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales<sup>46</sup>. Desde la aprobación de la CDPD se ha producido un importante aumento de la interacción de las personas con discapacidad con el CEDH, y se han incrementando significativamente los “casos de discapacidad” presentados bajo su amparo<sup>47</sup>. En este punto cabe mencionar la sentencia del TEDH en el caso *Glor. v. Switzerland*, de 30 de abril de 2009 en la que, por primera vez, se menciona la CDPD y en la que también por primera vez se considera expresamente que la cláusula abierta “*cualquier otra situación*” incluida en el artículo 14 prohíbe la discriminación por razón de discapacidad<sup>48</sup>.

---

por última vez el 1 de mayo de 2012.

<sup>44</sup> L. Clements y J. Read, “The Dog that Didn’t Bark”, *cit.*, p. 23.

<sup>45</sup> Vid. el análisis desarrollado en el trabajo citado en la nota anterior.

<sup>46</sup> G. Quinn y T. Deneger, *Discapacidad y Derechos Humanos*, *cit.*, p. 285.

<sup>47</sup> “The Council of Europe” en G. Quinn y L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, vol.2, *cit.*, pp. 243-301, p. 253.

<sup>48</sup> Se trata del caso de un ciudadano sueco que fue declarado en 1997 no apto para realizar el servicio militar por tener diabetes, aunque deseaba realizarlo, y al no tener una discapacidad igual o superior al 40% fue obligado a pagar la cantidad de 477 euros. Esta sentencia es considerada la decisión más importante del TEDH hasta el momento en materia de discapacidad, además de por las razones ya señaladas, porque establece que deberían haberse ofrecido al demandante formas alternativas de realizar el servicio militar compatibles con sus “limitaciones”, lo que supone reconocer implícitamente la importancia de los ajustes razonables, y porque se decanta por una comprensión robusta de la protección contra discriminación por motivo de discapacidad bajo el CEDH, en la línea de la Convención de la ONU, considerando que la misma cubre las discapacidades “menores” y que el grado de minusvalía no puede ser contemplado como un argumento

Es común señalar, y así lo demuestra la jurisprudencia del TEDH en esta materia, cuyos aspectos clave serán analizados en el último apartado del presente trabajo, que además del artículo 14, otros artículos del CEDH –particularmente el artículo 3 que prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, el artículo 5 que se refiere a la protección de la libertad y la seguridad, el artículo 6 que reconoce el derecho a un procedimiento equitativo, o el artículo 8 que contempla el derecho a la vida privada y familiar– adquieren una importancia central en relación con la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad<sup>49</sup>. En la interpretación de estos preceptos en el ámbito de la discapacidad, según luego se comprobará, el TEDH ha asumido, aunque sólo en parte, la visión de la capacidad jurídica plasmada en el artículo 12 de la CDPD.

Resulta esencial recalcar que, como se avanzó, el CEDH en su artículo 5.1.e) considera la discapacidad como un motivo para restringir el derecho a la libertad y a la seguridad. En efecto, esta disposición permite la privación de la libertad, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, “*de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo*”. El término enajenado, propio del modelo médico y claramente estigmatizante, debe entenderse referido a las personas con discapacidad mental. Esta disposición se enfrenta con el artículo 5 de la CDPD que, según se dijo, prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, con el artículo 12 y con el artículo 14, que expresamente señala que la existencia de una discapacidad no puede justificar “*en ningún caso una privación de la libertad*”<sup>50</sup>. Sobre el sentido de este precepto se volverá al analizar la jurisprudencia del TEDH en el último apartado de este trabajo.

El Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina aprobado en Oviedo en 1997<sup>51</sup> tiene como finalidad, tal y como establece su artículo 1, proteger al ser humano en su dignidad y su identidad y

---

básico, Vid. un resumen de este caso en *Idem*, pp. 253 ss.

<sup>49</sup> Centre for Disability Law and Policy, “Submission on Legal Capacity to the Oireachtas Committee on Justice, Defence & Equality”, p. 17 disponible en: [http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/cdlp\\_submission\\_on\\_legal\\_capacity\\_the\\_oireachtas\\_committee\\_on\\_justice\\_defence\\_and\\_equality.pdf](http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/cdlp_submission_on_legal_capacity_the_oireachtas_committee_on_justice_defence_and_equality.pdf), consultada por última vez el 15 de junio de 2012. Vid. también el *Amicus brief* elaborado por el European Group of National Human Rights Institutions en el caso *Shtukaturov v Russia*, disponible en [www.ihrc.ie/.../european\\_group\\_nhris\\_third\\_partie](http://www.ihrc.ie/.../european_group_nhris_third_partie), consultada por última vez el 15 de junio de 2012.

<sup>50</sup> Se ha indicado, con razón, que este precepto está orientado a la privación de derechos de las personas con discapacidad y no tanto a su protección, P. Barlett, O. Lewis y O. Thorol, *Mental Disability and the European Convention of Human Rights*, cit., p. 17.

<sup>51</sup> Vid. sobre este Convenio C.M. Romeo Casabona, *El Convenio de Derechos Humanos y biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2002.

garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Este Convenio, asumiendo el principio de autonomía del paciente, establece que nadie puede ser sometido a una intervención en estos ámbitos sin su consentimiento informado. Sin embargo, este principio encuentra una excepción en el caso de las personas que no tienen capacidad para prestar su consentimiento “*a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar*” (artículo 6), en los que la intervención puede realizarse siempre que medie el consentimiento informado de su representante legal, o de una persona o autoridad designada por la ley señalándose que la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización<sup>52</sup>. Además, el Convenio de Oviedo establece una excepción al consentimiento en el caso de personas “*que sufren trastornos mentales graves*” (artículo 7) en intervenciones orientadas a tratar dicho trastorno cuando la ausencia de tratamiento suponga “*el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud*”, y obliga a establecer mecanismos de supervisión y control y a articular recursos.

El Convenio parte claramente del enfoque médico del tratamiento de la discapacidad, y asume el modelo de sustitución en la toma de las decisiones enfrentándose con la visión que maneja la CDPD<sup>53</sup>. Esta visión exige que no se establezcan excepciones al consentimiento informado por razón de discapacidad y que se facilite su prestación a través de la puesta a disposición de la persona de información en formatos accesibles, de la realización de ajustes razonables y del establecimiento de mecanismos de apoyo. En las situaciones de urgencia, en las que personas con o sin discapacidad no puedan otorgar por sí el consentimiento, deberá decidirse desde el respeto a su identidad y a su historia de vida.

Estos conflictos entre los tratados del sistema europeo de derechos humanos y la CDPD deben resolverse a favor de esta última sobre la base de tres grandes principios<sup>54</sup>: del principio *lex posterior*, del principio *lex specialis*, al menos en relación con el CEDH<sup>55</sup>, y del principio *pro homine*

---

<sup>52</sup> Conviene precisar que en el caso de los experimentos científicos, el Convenio se decanta en relación con las personas que no pueden prestar su consentimiento por un modelo de participación con restricciones y garantías, entre las que se incluye la previsión de que sólo podrá realizarse el experimento si la persona no ha expresado su rechazo al mismo (artículo 17).

<sup>53</sup> Aunque no puedo detenerme en esta cuestión, interesa señalar que el Convenio se refiere, además, a cuestiones relacionadas con la genética que también adquieren relevancia en relación con la discapacidad.

<sup>54</sup> F. Bariffi, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *cit.*, p. 376.

<sup>55</sup> Tanto la CDPD como la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina son normas

en tanto la Convención de la ONU se erige en la actualidad en el mayor estándar de protección de los derechos de las personas con discapacidad. Aunque sería deseable la modificación de las disposiciones de los tratados de derechos humanos del Consejo de Europa que se enfrentan con la CDPD, dada la complejidad de los trámites que comporta su reforma, no parece probable que ésta se produzca en un plazo razonable, por lo que se debe proceder –obligación que recae especialmente sobre el TEDH– a reinterpretar estas disposiciones a la luz de la Convención de la ONU.

## 2. Discapacidad y capacidad jurídica en la actividad del Consejo de Europa

En este apartado me referiré de nuevo exclusivamente a las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Comité de Ministros y por la Asamblea General relativas a la discapacidad que tienen especial incidencia en la cuestión de la capacidad jurídica. Aunque tienen un carácter más político que jurídicamente vinculante, estos instrumentos normativos de *soft law* han sido invocados en ocasiones por el TEDH y ofrecen puntos de vista importantes para evaluar la actuación de los Estados estableciendo las prioridades del Consejo de Europa en la reforma de la legislación y las políticas nacionales.

En la temática que nos ocupa, adquiere particular importancia la Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados que ha sido citada “autoritativamente” por el TEDH en diversos casos en materia de capacidad jurídica, en los que ha considerado que si bien estos principios no tienen fuerza vinculante, definen un estándar común europeo en esta área<sup>56</sup>. La Recomendación se aplica a la “*protección de las personas mayores que, por causa de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de tomar decisiones, de forma autónoma, en lo que respecta a una cualquiera o al conjunto de las cuestiones relativas a su persona o a sus bienes, de comprenderlas, de explicarlas o de ponerlas en práctica y que, en consecuencia, no pueden proteger sus intereses*”, y considera, en la línea del Convenio de Oviedo, que esta falta de capacidad puede deberse a una minusvalía mental, a una enfermedad o a un motivo similar<sup>57</sup>. Según propugna su primer principio,

---

especiales.

<sup>56</sup> Vid. por ejemplo *Shtukaturov v. Russia* sentencia de 27 de marzo de 2008.

<sup>57</sup> Vid. sobre esta recomendación M. Keys, “Legal Capacity Law Reform: An Urgent Challenge”, en G. Quinn y L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, vol. 1, cit., pp. 59-88, pp. 68 ss.

el eje básico que debe regir las actuaciones relativas a la protección de los mayores incapacitados es el respeto de su dignidad inherente y de sus derechos y libertades fundamentales.

Pues bien, la Recomendación contiene un importante número de detallados principios que pretenden orientar la actuación de los Estados en la protección de las personas que tienen dificultades en el ejercicio de su capacidad. En líneas generales exige que la respuesta jurídica sea amplia, flexible, proporcionada y adaptada a la variedad de las situaciones, a las circunstancias particulares, y a las necesidades de la persona, y que preserve al máximo su capacidad, lo que exige reconocer diversos grados de incapacidad e implica que la adopción de una medida de protección no debe suponer automáticamente la restricción total de la capacidad jurídica de la persona. La Recomendación insiste en diversos principios en que las medidas de protección deberían limitar la capacidad jurídica, los derechos y las libertades de las personas únicamente cuando fuese necesario y en la medida mínima imprescindible para lograr el objetivo de la intervención, y muestra su preferencia por emplear, cuando sea posible, mecanismos informales de asistencia, a través por ejemplo de los miembros de la familia, que no supongan la restricción de la capacidad. Otro principio importante consiste en la toma en consideración y el respeto de los deseos pasados y presentes de la persona, lo que requiere tener en cuenta su opinión en la elección de su representante, proporcionarle información y fomentar su participación en la toma de decisiones. Y se establecen, además, algunas salvaguardas relacionadas con el procedimiento de adopción de estas medidas, entre ellas, la información de la persona afectada, la realización de informes fidedignos, el derecho a ser oído personalmente, la revisión periódica de las medidas, la posibilidad de recurso y el establecimiento de controles. Además, la Recomendación, señala que cuando una persona, aunque tenga limitada su capacidad jurídica, es capaz de dar su consentimiento libre y consciente a una intervención determinada en el dominio de la salud, ésta no puede ser practicada más que con su consentimiento.

La Recomendación R (99) 4 supuso un gran avance en la protección de las personas incapacitadas, y tras más de diez años desde su aprobación sigue teniendo un carácter vanguardista en relación con la mayoría de las legislaciones nacionales<sup>58</sup>. No obstante, y pese a que algunos de sus principios se corresponden con las salvaguardas recogidas en el artículo 12.4<sup>59</sup>, el tratamiento que la cuestión de la capacidad jurídica recibe en esta Recomendación no es plenamente coherente con la CDPD. En efecto,

<sup>58</sup> I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., p. 328.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

la Recomendación R (99) 4 continúa considerando la limitación de la capacidad jurídica como una medida justificada de protección; de acuerdo con esta visión concibe las medidas de protección como restrictivas de los derechos de la persona por lo que se asume el principio de intervención mínima; permite, como última ratio, la privación total de la capacidad jurídica y el nombramiento de un representante con poderes permanentes y generales, y parece considerar que su función general consiste en la sustitución en la toma de decisiones y no en el apoyo.

En el año 2004 el Comité de Ministros aprobó la Recomendación R (2004) 10 sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales sobre la base de los trabajos desarrollados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes<sup>60</sup>. Esta Recomendación se centra en la protección de las personas con trastornos mentales que son objeto de tratamiento o de internamiento involuntario, y establece algunos requisitos y garantías que, según luego se comprobará, no siempre han sido tomados en consideración por el TEDH y que, de nuevo, no se cumplen en la mayor parte de los países europeos. En este sentido, se establece que una persona sólo puede ser sometida a un tratamiento o a un internamiento involuntario si tiene un trastorno mental, si su estado comporta un riesgo real de daño grave para sí mismo o para terceros, si la medida tiene un fin terapéutico, si no existe un medio menos restrictivo de atención, y si la opinión de la persona ha sido tomada en consideración<sup>61</sup>. La Recomendación regula también el empleo de otros medios coercitivos (como el aislamiento y la contención) estableciendo algunas garantías y permite con carácter excepcional tratamientos que tengan efectos físicos irreversibles o supongan una intrusión significativa.

Algunos movimientos de personas con discapacidad mental se mostraron muy críticos con esta Recomendación en el momento de su aprobación, cuestionando que las medidas en las que se centra fuesen respetuosas con los derechos humanos; y han denunciado después su contradicción con los estándares de la CDPD<sup>62</sup>. La exigencia de igualdad

---

<sup>60</sup> Creada por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobado el 26 de noviembre de 1987.

<sup>61</sup> Vid. los artículos 17 y 18. Además, se regulan otras garantías adicionales como la reevaluación de la medida, la consulta con los allegados de la persona, que la decisión se adopte por un tribunal o instancia competente, y se establece un sistema de recursos. En el caso del tratamiento involuntario se exige, por ejemplo, que responda a síntomas específicos, que sea proporcional al estado de salud y administrado por personal cualificado, o que sea sustituido lo antes posible por un tratamiento voluntario.

<sup>62</sup> En este sentido se pronunció la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría. <http://www.enusp.org/> consultada por última vez el 15 de junio de 2012.

en la capacidad jurídica que su art. 12 establece se ve vulnerada cuando se permite un internamiento o un tratamiento médico obligatorio por motivo de discapacidad<sup>63</sup>. Estas medidas pueden suponer, además, una violación del artículo 17 de la CDPD que reconoce la protección de la integridad física y mental, y en determinadas circunstancias incluso del artículo 15 que prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>64</sup>.

El Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) aprobado por el Consejo de Ministros en la Recomendación R (2006) 5 asume expresamente el enfoque de derechos humanos en consonancia, se afirma, con las exigencias de la CDPD<sup>65</sup>. Este Plan tiene como finalidad “*incluir para la próxima década, los fines del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, no discriminación, igualdad de oportunidades, plena ciudadanía y participación de pleno derecho de las personas con discapacidad*”, y recoge entre sus líneas de acción clave (en concreto en su número 12) la recomendación a los Estados de que proporcionen asistencia adecuada y proporcionada a las personas que encuentran dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica.

En el año 2009 el Comité de Ministros aprobó dos nuevas Recomendaciones: la Recomendación (2009) 3 para monitorizar la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental, y la Recomendación (2009) 9 sobre principios relativos a los poderes de representación y las directivas avanzadas por incapacidad. Esta última Recomendación pretende promover “*la autodeterminación de los adultos capaces en previsión de una futura incapacidad*”. La iniciativa de elaborar una recomendación en esta materia debe considerarse sumamente positiva en tanto los poderes preventivos constituyen una pieza central para el adecuado funcionamiento del modelo de apoyos propugnado por la CDPD. Ciertamente, estos poderes son un instrumento apropiado para favorecer el respeto de la voluntad y preferencias de las personas que pueden tener en el futuro dificultades para expresarlas. Sin embargo, su regulación en esta Recomendación no está en total consonancia con la CDPD. Y ello porque, de nuevo, se parte de la

---

<sup>63</sup> Vid. sobre esta cuestión T. Minkowitz, “No discriminación, capacidad jurídica y derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio”, en A. Palacios y F. Bariffi (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, cit., pp. 527-550 y “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 34, 2007, pp. 405-428.

<sup>64</sup> Vid. el Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008, pp. 11 y 12 (A/63/175).

<sup>65</sup> I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 218 ss.

consideración de la incapacitación como medida general de protección de las personas que tienen problemas para tomar sus decisiones y, en este sentido, se exige que las personas que otorguen o que revoquen un poder de representación o unas directivas anticipadas sean adultos capaces y no se establecen medidas de apoyo para tal otorgamiento o revocación.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también aprobó en 2009 la Resolución 1642 sobre “*Acceso a los derechos para las personas con discapacidad y su participación plena y activa en la sociedad*” que alienta a los Estados a considerar el Plan de Acción para las personas con discapacidad aprobado por el Comité de Ministros como una referencia en cualquier nueva política relacionada con la discapacidad, y como una herramienta para promover en Europa la implementación de la CDPD.

La Resolución sitúa la cuestión de la capacidad jurídica como su primera área prioritaria de actuación “invitando” a los Estados miembros a que garanticen que las personas con discapacidad conservan y ejercen su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con otros miembros de la sociedad. Para ello se recomienda asegurar que el derecho de las personas con discapacidad a tomar decisiones no es limitado o sustituido por otros, que las medidas adoptadas son individualmente adaptadas a sus necesidades, y que reciben apoyo en la toma de sus decisiones. Y se considera imprescindible, de conformidad con la CDPD, asegurar que las personas colocadas bajo tutela no son privadas de sus derechos fundamentales, prestar la asistencia necesaria para su ejercicio, tener en cuenta sus deseos e intenciones y establecer suficientes salvaguardas contra los abusos articulando mecanismos periódicos de revisión de las medidas adoptadas y de control de la actuación de los tutores y garantizando la participación de las personas afectadas.

Pues bien, otra vez, esta “invitación” resulta problemática en algunos aspectos desde la regulación de la capacidad jurídica contenida en la CDPD; al menos, desde la lectura revolucionaria de esta regulación a la que se aludió en el primer apartado del presente trabajo pues, a pesar de partir de la igualdad en la capacidad jurídica, de los apoyos y de la oposición a la sustitución en la toma de decisiones, se continúa aludiendo a la institución de la tutela basada en principios contradictorios con los anteriores.

Finalmente, cabe aludir a la labor desarrollada por T. Hammarberg, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa desde el año 2006, quien ha convertido la discapacidad en una de las líneas centrales de su actividad<sup>66</sup>. En materia de capacidad jurídica debe

<sup>66</sup> T. Hammarberg, “Contribution of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe”, en Quinn y L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, vol.2, pp.

destacarse su *Viewpoint* “Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights” citado al comienzo del presente trabajo<sup>67</sup>. En él se considera que la privación que algunos individuos sufren del “derecho a representarse a sí mismos” es contradictoria con la pretensión de lograr su inclusión y participación en la sociedad, impidiéndoles disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad, y se defiende la adopción del modelo de apoyos. En este sentido, se afirma que existe una “gran diferencia” entre “privar a alguien del derecho a tomar decisiones acerca de su vida” y “proveer acceso al apoyo” pues, mientras que lo primero supone contemplar a las personas con discapacidad como objetos de cuidado y caridad, lo segundo supone situar a las personas en el “centro de la toma de decisiones” y contemplarles como sujetos titulares de toda “la amplia gama de derechos humanos”.

Esta idea sintetiza el cambio de paradigma por el que aboga la CDPD, que no ha terminado de plasmarse de manera consistente en la actuación del resto de las instituciones del Consejo de Europea tampoco, como enseguida se comprobará, en la jurisprudencia del TEDH.

### 3. Discapacidad y capacidad jurídica en el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Según ya se advirtió, en los últimos años, y en gran medida como consecuencia del efecto irradiación de la CDPD, ha aumentado en general el número de “casos de discapacidad” presentados ante el TEDH bajo el amparo de la CEDH; y se han incrementado, en particular, las sentencias relativas a la cuestión de la capacidad jurídica. Algunas de estas sentencias han sido consecuencia de acciones de litigio estratégico emprendidas con el objetivo de “derrumbar” los “monolíticos” y carentes de salvaguardas sistemas de incapacitación vigentes en algunos países europeos, y/o de separar la limitación o privación de la capacidad jurídica de cualquier otra restricción de derechos<sup>68</sup>. Analizaré en lo que sigue, de manera sucinta, los

---

153-159.

<sup>67</sup> Cabe mencionar también el *Issues Paper* “Human Rights and Disability: Equal Rights for All” de octubre de 2008, que incluye recomendaciones relativas a la revisión de las legislaciones internas en materia de capacidad jurídica e internamiento involuntario.

<sup>68</sup> Vid. sobre la potencialidad del litigio estratégico en esta tarea, O. Lewis, “How can strategic litigation play a role in nudging States towards legal capacity utopia?”, MDAC, disponible en [http://www.escr-net.org/usr\\_doc/Strategic\\_Litigation\\_strategy\\_on\\_legal\\_capacity.doc](http://www.escr-net.org/usr_doc/Strategic_Litigation_strategy_on_legal_capacity.doc), consultada por última vez el 19 de junio de 2012. Ejemplos de litigios emprendidos por el MDCA ante el TEDH son *Shtukaturov v. Russia*, ya citado, que dio lugar también a una sentencia del Tribunal Constitucional ruso que anuló algunas de las disposiciones del Código

principales hitos de la jurisprudencia europea en relación con los artículos de la CEDH que, según antes se indicó, adquieren particular importancia en la temática de la capacidad jurídica.

Con anterioridad a la entrada en escena de la CDPD, el TEDH contaba con una jurisprudencia consolidada en relación con la privación de la libertad de los “enajenados” regulada en el artículo 5.1.e) de la CEDH<sup>69</sup>. La referencia en este ámbito, es el caso *Winterwerp v. Holanda* de 24 de octubre de 1979 en el que el TEDH estableció las condiciones mínimas que debe cumplir la privación de la libertad en este supuesto: 1) que la existencia de un desorden mental sea determinada de forma fidedigna desde el punto de vista médico, 2) que sea de tal naturaleza o grado que justifique el internamiento, 3) que el internamiento no se prolongue más allá de la persistencia del desorden. Además, el TEDH ha establecido que debe existir una correlación entre el lugar y la razón del internamiento<sup>70</sup>, y expresamente ha rechazado que el internamiento tenga que tener un fin terapéutico<sup>71</sup>.

En las sentencias más emblemáticas sobre esta cuestión, dictadas con posterioridad a la adopción de la CDPD, el TEDH ha dejado claro que la condición legal de la persona, esto es, su incapacitación, no puede justificar la privación de libertad<sup>72</sup>, que un internamiento debe considerarse involuntario siempre que la persona se oponga al mismo aunque haya sido autorizado, de conformidad con la legislación interna, por su tutor<sup>73</sup>, que la determinación de la existencia de un desorden mental y de su gravedad requiere que se realice un examen médico en el momento del ingreso preferentemente por un facultativo diferente del médico del centro de

---

civil y a una reforma legal, eso sí, insuficiente; y el caso *Stanev v. Bulgaria* sentencia de 17 de enero de 2012.

<sup>69</sup> Vid. algunos aspectos de esta jurisprudencia en L.F. Barrios Flores, “Derechos Humanos y salud mental en Europa”, *Norte de salud mental*, 2010, vol. VIII, n° 36, pp. 55-67. Un sumario de los casos de salud mental decididos por el TEDH hasta 2007 puede verse en [http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English\\_Summaries%20of%20Mental%20Disability%20Cases%20Decided%20by%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf](http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English_Summaries%20of%20Mental%20Disability%20Cases%20Decided%20by%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf), consultada por última vez el 15 de junio de 2012.

<sup>70</sup> *Aerts v. Bélgica*, sentencia de 30 de julio de 1998 y *H L. v. Reino Unido*, sentencia de 5 de octubre de 2004.

<sup>71</sup> Considerándolo necesario también cuando hay que controlar el comportamiento de la persona, *Hutchison Reid v. the United Kingdom*, sentencia de 20 de febrero de 2003.

<sup>72</sup> *Shtukaturov v. Russia y Stanev v. Bulgaria*.

<sup>73</sup> *Shtukaturov v. Russia, Stanev v. Bulgaria y DD. v. Lithuania* sentencia de 14 de febrero de 2012. En estos países el internamiento de personas incapacitadas no tiene que ser decidido por una autoridad judicial, sino que basta con la autorización del tutor, por lo que los gobiernos esgrimieron como argumento para rechazar la aplicación del art. 5.1 e) del CEDH que se trataba de internamientos voluntarios.

internamiento que tenga como objetivo determinar la necesidad del ingreso<sup>74</sup>, y que es necesario que se realicen exámenes periódicos de la salud mental de la persona.

Sin embargo, en la interpretación del artículo 5.1 e) el TEDH continúa todavía hoy aplicando la construcción jurisprudencial del caso *Winterwerp v. Holanda* y, por lo tanto, no cuestiona, a pesar de citar el artículo 12 y el artículo 14 de la CDPD entre la normativa internacional aplicable, que la justificación de la privación de libertad pueda basarse en un desorden mental<sup>75</sup>. El TEDH, además, no ha tenido en cuenta en estos casos el artículo 19 de la CDPD, estrechamente relacionado con el artículo 12, que establece el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad<sup>76</sup>.

Posiblemente la sentencia del caso *Stanev v. Bulgaria* de 17 de enero de 2012 sea hasta el momento la única decisión que supone un cierto avance en este terreno y que se ajusta, a pesar de no citarlos, a los principios de la Recomendación R 2004 (10). En este caso, en el que se trataba del internamiento del demandante en un centro asistencial<sup>77</sup>, el TEDH señala que la privación de libertad sólo está justificada por la seriedad de la condición de la persona con el interés de asegurar su propia protección o la de terceros<sup>78</sup>, cuando otras medidas alternativas menos graves resultan “insuficientes” y cuando se han tenido en cuenta “tan lejos como sea posible” los deseos de una persona capaz de expresar su voluntad, pues no hacerlo puede dar lugar a situaciones de abuso y obstaculizar el ejercicio de los derechos. Esta línea parece haber sido abandonada tan sólo un mes después en el caso *D.D. v. Lithuania*, donde se considera que no se vulnera el artículo 5.1. e) en la medida en que la gravedad del desorden de la demandante justificaba su privación de libertad, sin que se aluda al peligro de daño para sí misma o terceros aunque se menciona, sin

<sup>74</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Stanev v. Bulgaria* el TEDH entiende que no se ha determinado de forma fidedigna la existencia de un desorden mental que justifique el ingreso en tanto el mismo se había basado en un examen psiquiátrico realizado dos años antes, y a los efectos del procedimiento de incapacitación.

<sup>75</sup> I. Biel Portero, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, cit., p.336.

<sup>76</sup> Vid. el *Amicus brief* presentado por el MDAC en el caso todavía pendiente *Kedzior v. Poland*, disponible en [http://mdac.info/sites/mdac.info/files/Kedzior v Poland amicus brief\\_MDAC.pdf](http://mdac.info/sites/mdac.info/files/Kedzior_v_Poland_amicus_brief_MDAC.pdf), consultada por última vez el 20 de junio de 2102.

<sup>77</sup> Afirma el TEDH que la necesidad objetiva de asistencia social, siempre que concurra un desorden mental grave, puede tenerse en cuenta en la imposición de medidas que spongan la privación de libertad.

<sup>78</sup> El TEDH sostiene que en este caso no se ha probado que el demandante suponga un peligro de daño para sí mismo o terceros a causa de su condición psiquiátrica, y que algunos testimonios que señalan que se ponía agresivo cuando bebía no son suficientes para entender que concurre este peligro.

justificarse, la inexistencia de mecanismos de atención alternativos.

El TEDH también tiene una jurisprudencia consolidada<sup>79</sup> en relación con la aplicación del artículo 5.4 de la CEDH, que establece el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal, a la privación de libertad de las personas con discapacidad mental. En este punto ha señalado que, en el caso de que no esté prevista una revisión periódica de la situación, la persona tiene derecho a recurrir a intervalos razonables su internamiento, que el acceso al recurso tiene que ser directo y no a través del tutor<sup>80</sup> o de la institución en la que está ingresada la persona, que la disponibilidad de este recurso es especialmente importante en aquellos sistemas en los que el tutor puede autorizar el internamiento sin intervención judicial<sup>81</sup>, que el procedimiento establecido tiene que contar con las garantías procesales adecuadas en función del tipo de privación de libertad y de las circunstancias particulares en las que se lleva a cabo, y que es esencial que el sujeto afectado tenga la oportunidad de ser escuchado sea en persona o, en su caso, a través de alguna forma de representación<sup>82</sup>.

El TEDH ha analizado la cuestión de si determinadas medidas coercitivas o tratamientos médicos administrados sin su consentimiento a las personas privadas de libertad constituyen un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 de la CEDH. En este ámbito ha considerado que “*en general, no puede ser catalogado como inhumano o degradante una medida dictada por razones de necesidad terapéutica*”<sup>83</sup>, ha señalado que los malos tratos deben tener un nivel mínimo de gravedad para caer en el ámbito del artículo 3 cuya evaluación depende de las circunstancias del caso, la naturaleza y el contexto del tratamiento, el método y la forma de su ejecución, su duración, su impacto físico o mental, sus efectos y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima<sup>84</sup>, y ha entendido que el empleo de medios coercitivos del tipo de la alimentación forzosa, el aislamiento o incluso el empleo de esposas, no fundamentan la apreciación

<sup>79</sup> A la que se hace alusión en los casos *Shtukaturov v. Russia*, *Stanev v. Bulgaria* y *DD. v. Lithuania*.

<sup>80</sup> El Tribunal considera que el artículo 5.4 se incumple cuando la persona puede presentar un recurso sólo a través de su tutor, especialmente en los casos en los que es el tutor quien puede autorizar el internamiento, Vid. por ejemplo, *Shtukaturov v. Russia*.

<sup>81</sup> *Shtukaturov v. Russia*.

<sup>82</sup> Este requisito se afirmó ya en *Megyeri v. Germany*, sentencia de 12 de mayo de 1992.

<sup>83</sup> *Herczegfalvy v. Austria*, sentencia de 24 de septiembre de 1992.

<sup>84</sup> *Kudl v. Poland*, sentencia de 26 de octubre de 2000 y *Poltoratski v. Ukraine* sentencia de 23 de abril de 2003.

de una vulneración del art. 3 CEDH<sup>85</sup>.

Pero, además, resulta sorprendente que el TEDH no se haya cuestionado, tampoco en los casos más recientes –y ni siquiera en aquéllos en los que considera que existe una vulneración del art. 5.1 del CEDH al no haberse determinado la existencia de un desorden mental grave y afirma que “de hecho” la persona afectada tenía capacidad para pronunciarse sobre el internamiento<sup>86</sup>- la admisibilidad del tratamiento al que las personas privadas de libertad fueron sometidas sin su consentimiento. Aunque las condiciones de administración del tratamiento involuntario y sus consecuencias no tuviesen la entidad para constituir una violación del art. 3 de la CEDH, se trata de una cuestión que no se puede dejar de lado y en la que el TEDH parece no tener en cuenta algunos de los principios de la Resolución R 2004 (6).

Por otra parte, el TEDH se ha pronunciado sobre el edificio legal de la incapacitación y ha contribuido a demoler determinados aspectos de los sistemas tradicionales de tutela a través del artículo 6 de la CEDH, derecho a un procedimiento equitativo, en casos en los que los demandantes cuestionaban las “formas injustas en las que se impuso la tutela” y a través del artículo 8, derecho a la vida privada y familiar, en casos en los que los demandantes cuestionaban “la propia tutela”<sup>87</sup>.

Con anterioridad a la adopción de la CDPD, el TEDH ya había reconocido en diversos pronunciamientos vulneraciones del artículo 6, en relación con la regulación de los procedimientos de incapacitación en diferentes

---

<sup>85</sup> *Herczegfalvy v. Austria*. Tampoco en la reciente sentencia *DD. v. Lithuania* el TEDH, aunque de nuevo considera preocupante que la demandante fuese recluida en una sala de aislamiento, se le hubiese administrado forzosamente una dosis adicional de medicamentos y hubiese sido atado a una cama durante 15-30 minutos, aprecia una vulneración del artículo 3 al entender que existe una necesidad médica que justifica la adopción de estas medidas.

<sup>86</sup> En *Shtukaturov v. Russia* el TEDH no entra a valorar si el tratamiento administrado supone una vulneración del art. 3 de la CEDH, al considerar que no están suficientemente probados los hechos que se alegan, ni la administración del tratamiento en cuestión, ni sus efectos adversos. En *Stanev v. Serbia* sí se aprecia una vulneración del art. 3, pero basada en las condiciones deplorables del centro en el que se produce el internamiento y tampoco se analiza en detalle la cuestión del tratamiento médico. En *DD. v. Lithuania*, caso en el que, según se dijo, el TEDH entiende justificado el internamiento, no se tiene en cuenta que no se informó a *DD.* de los efectos del tratamiento y que en ocasiones no consintió su administración. Se ha afirmado que este es el aspecto más preocupante del juicio del TEDH que no reconoce las ventajas potenciales de este caso, <http://mentalhealthandcapacitylaw.wordpress.com/2012/03/22/d-d-v-lithuania/>, consultada por última vez el 19 de julio de 2012.

<sup>87</sup> Estas son según O. Lewis, “How can strategic litigation play a role in nudging States towards legal capacity utopia?”, *cit.*, las dos estrategias que pueden utilizarse para atacar los sistemas de tutela.

países<sup>88</sup>.

En su jurisprudencia posterior ha incidido en estos requisitos procedimentales de un juicio justo en materia de capacidad jurídica que podrían sintetizarse en los siguientes<sup>89</sup>: 1) es necesario adoptar todas las medidas razonables para que un individuo sea consciente de que existe una solicitud de privación o restricción de su capacidad jurídica y que está siendo sometido a un examen psiquiátrico a estos efectos<sup>90</sup>, 2) la persona afectada debe poder participar en el procedimiento como parte interesada y como principal “objeto” del mismo y, salvo excepciones justificadas en la protección de la salud y en la correcta administración de la justicia, no sólo debe ser examinada por el juez sino también ser oída e interrogada en persona<sup>91</sup>, 3) la enfermedad mental puede restringir o modificar la forma de ejercer este derecho pero no puede menoscabar su esencia<sup>92</sup>, 4) la falta de capacidad para administrar sus asuntos, no implica que la persona sea incapaz de expresar una opinión en relación con las medidas que es necesario adoptar<sup>93</sup>, 5) el acceso a los tribunales y el derecho a ser oído es particularmente importante en los casos en los que existe un conflicto de intereses<sup>94</sup>, 6) el procedimiento debe ser contradictorio<sup>95</sup>, lo que puede exigir que la persona cuente con su propia representación legal<sup>96</sup> y permitir que el juez pueda formarse su propia opinión sobre la capacidad mental del demandante<sup>97</sup>, 6) deben adoptarse especiales salvaguardas procedimentales orientadas a la protección del interés de las personas que a causa de su salud mental no son plenamente

<sup>88</sup> Vid. por ejemplo *H.F. v. Slovakia*, sentencia de 20 de noviembre de 2005.

<sup>89</sup> Algunos de estos requisitos son mencionados en el *Amicus brief* del MDAC en el caso pendiente *Kedzior v. Poland*, ya citado.

<sup>90</sup> *Shtukaturov v. Russia*. En este caso el demandante no fue citado ni informado del procedimiento, y se enteró de su incapacitación por casualidad cuando encontró la resolución entre los papeles de su madre, su tutora, casi un año después.

<sup>91</sup> *Shtukaturov v. Russia*.

<sup>92</sup> *DD. v. Lithuania*.

<sup>93</sup> *DD. v. Lithuania*.

<sup>94</sup> *DD. v. Lithuania*.

<sup>95</sup> En *Shtukaturov v. Russia* el TEDH rechaza que la presencia del Ministerio Fiscal y de los representantes del hospital donde había sido tratado con anterioridad el demandante, convierta el procedimiento en contradictorio. En el mismo sentido se pronuncia en el caso *DD. v. Lithuania* en relación con la participación de representantes de los servicios sociales y del hospital en el que la demandante estaba ingresada, que claramente apoyaban la solicitud de incapacitación.

<sup>96</sup> En el caso *DD. v. Lithuania* el TEDH sostiene que la posición de *DD.* no podía ser representada por el abogado de su padre debido al conflicto de intereses existente.

<sup>97</sup> *Shtukaturov v. Russia*.

capaces de actuar por sí mismos<sup>98</sup>, 7) las audiencias deben asegurar una evaluación objetiva de la capacidad mental y por tanto deben tener la duración necesaria<sup>99</sup> y no deben agravar los sentimientos de aislamiento e inferioridad de la persona<sup>100</sup>, 8) es conveniente que los facultativos puedan ser interrogados en el procedimiento y que el tribunal llame a declarar a otros testigos que puedan arrojar luz sobre la personalidad del afectado por la medida<sup>101</sup>, 9) la persona debe tener acceso directo a los tribunales para solicitar la revisión y la reintegración de su capacidad jurídica<sup>102</sup>, y estas solicitudes deben ser atendidas en un tiempo razonable<sup>103</sup>.

Por tanto, y al igual que sucede en el caso de la privación de libertad, también en los procedimientos que tienen por objeto evaluar la capacidad jurídica –para restringirla o anularla– el TEDH exige la concurrencia de requisitos sólidos y transparentes<sup>104</sup>.

Ahora bien, el TEDH podría haber recurrido en este punto a la noción de ajustes razonables, que está implícita, como antes se señaló, aunque no se menciona expresamente en el caso *Glor. v. Switzerland*<sup>105</sup>. Y, en conexión con lo anterior, debería considerar aplicable el artículo 13 de la CDPD que expresamente establece la obligación de los Estados parte de asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, “*incluso mediante ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos*” en todos los procedimientos judiciales y en todas sus etapas.

En todo caso, aunque la jurisprudencia del TEDH en relación con los

<sup>98</sup> *DD. v. Lithuania.*

<sup>99</sup> *Shtukaturov v. Russia.*

<sup>100</sup> *DD. v. Lithuania.*

<sup>101</sup> *DD. v. Lithuania.*

<sup>102</sup> En *Stanev v. Bulgaria* el TEDH afirma que se trata de uno de los derechos procesales más importantes de las personas que han sido privadas de capacidad jurídica. A su modo de ver, el artículo 6 de la CEDH impide que pueda denegarse a las personas incapacitadas el acceso directo a los tribunales en este campo, ni siquiera con el objetivo de impedir que los tribunales se colapsen con solicitudes infundadas; y entiende que para evitar esta situación pueden arbitrarse medidas menos restrictivas como, por ejemplo, limitar la frecuencia en que pueden ser presentadas solicitudes de revisión o de restauración de la capacidad o estableciendo un examen previo de admisibilidad.

<sup>103</sup> En el caso *Salontaji-Drobnjak v. Serbia* de 13 de octubre de 2009, el TEDH considera que se ha vulnerado el artículo 5.4 de la CEDH pues, a pesar de las constantes reclamaciones del demandante y de su tutor, habían pasado más de cuatro años sin que se hubiese considerado su petición de restauración total de la capacidad.

<sup>104</sup> *Amicus brief* del MDAC en el caso *Kedzior v. Poland*, ya citado.

<sup>105</sup> Vid. de nuevo el *Amicus brief* del MDAC en el caso *Kedzior v. Poland*.

procedimientos en materia de capacidad jurídica se ajusta a los requisitos de la Recomendación R (99) 4 y en este sentido contiene alguna de las salvaguardas que se señalan en el artículo 12.4 de la CDPD, no se cuestiona que el fin de estos procedimientos siga siendo la limitación o la anulación de la capacidad jurídica. De nuevo, como ocurre en relación con la privación de libertad, la jurisprudencia del TEDH ha avanzado mucho más en cuestiones formales que en cuestiones de fondo, aunque también en este punto se han dado algunos –pequeños– pasos.

Como antes se indicó, el artículo 8 de la CEDH que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar se ha empleado, precisamente, para tratar de atacar la esencia misma del procedimiento de incapacitación. Según este precepto no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo *“cuando esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”*. En relación con este artículo, la posición más avanzada del TEDH se encuentra en la sentencia *Shtukaturov v. Russia* que, se ha afirmado, sitúa la jurisprudencia europea en la línea del artículo 12 de la Convención de la ONU<sup>106</sup>.

En este caso el TEDH parte de la consideración de que la injerencia en la vida privada del demandante debe calificarse de muy grave, pues la incapacitación “total” supone que depende de su tutor en todos los ámbitos de su vida y se aplica por un periodo indefinido, sin que el demandante pueda impugnarla por sí mismo sin la intervención de su tutor. Y en su razonamiento afirma que *“la existencia de un desorden mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total”*, denuncia la existencia de una falta de proporcionalidad de la respuesta legal consistente en la incapacitación total en relación con los fines perseguidos, y reclama una respuesta *“a medida”* en esta área. Igualmente, de su argumentación se desprende la exigencia de que los informes médicos que evalúen la capacidad no se limiten a diagnosticar la *“enfermedad mental”*, sino que precisen su tipo y su grado, y que determinen la incidencia del *“trastorno”* en las diferentes esferas de actuación de la persona (vida social, salud, intereses patrimoniales).

Es común señalar que *Shtukaturov v. Russia* rompe la ecuación entre

<sup>106</sup> Centre for Disability Law and Policy, “Submission on Legal Capacity to the Oireachtas Committee on Justice, Defence & Equality”, pp. 17 y 18; y T. Hammarberg, *Viewpoint: “Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights”*, ambos documentos ya citados.

discapacidad e incapacidad<sup>107</sup> y supone el paso desde el enfoque o método de estatus en la evaluación de la capacidad al enfoque o modelo funcional. No obstante, y como ya se apuntó, el enfoque funcional, especialmente en la versión que asume el TEDH, no es el más adecuado a la luz de la CDPD. El TEDH maneja una visión médica de la discapacidad que se basa exclusivamente en los déficits de la persona. En este sentido, tras sostener que la existencia de un desorden mental no puede ser la única razón que justifique la incapacitación total, exige que los informes médicos determinen su “tipo” y su “grado”. Igualmente, el TEDH no cuestiona la incapacitación total, sino que “deja abierta la posibilidad de que un informe médico pueda determinar que un desorden mental es de tal naturaleza o grado que justifique la privación total de la capacidad jurídica”<sup>108</sup>. Y, además, parece vincular claramente el enfoque funcional con la incapacitación parcial. En efecto, el TEDH considera que la legislación rusa no ofrece una respuesta a medida para casos como el analizado, porque articula como una única solución la incapacitación total sin contemplar la incapacitación parcial, limitando el derecho a la vida privada del demandante “*más de lo estrictamente necesario*”.

Como antes se indicó, la CDPD va mucho más allá exigiendo una evaluación de la capacidad basada en un “enfoque de situación” -que tome en consideración no sólo los factores individuales sino también los factores sociales, lo que exigiría contar no sólo con un dictamen médico, sino con otro tipo de informes y opiniones que puedan arrojar luz sobre la personalidad del afectado, su entorno, necesidades etc.-, y una respuesta consistente no en la privación parcial de la capacidad jurídica y la sustitución específica en las áreas donde la persona tiene dificultades, sino en la provisión de apoyos en dichos ámbitos. Posiblemente las insuficiencias de *Shtukaturov v. Russia* en este punto tienen que ver con la aplicación de los principios de la Recomendación R 99 (4) que, si bien deben considerarse muy avanzados respecto de algunas legislaciones nacionales estableciendo “mejoras” relevantes en los sistemas de incapacitación vigentes, van por detrás del modelo de apoyo por el que apuesta el art. 12 de la CDPD.

En *Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, el TEDH considera que la incapacitación parcial como respuesta para evitar la conducta litigiosa del demandante, que había presentado numerosas demandas judiciales infundadas, es desproporcionada y supone también una vulneración del artículo 8 de la CEDH. En su opinión podrían haberse adoptado otras medidas alternativas para proteger a la administración de justicia que no afectasen

<sup>107</sup> O. Lewis, “How can strategic litigation play a role in nudging States towards legal capacity utopia?”, MDAC, *cit.*

<sup>108</sup> *Idem.*

a su capacidad jurídica, pues tal afectación conlleva, según la legislación doméstica, impedir a la persona tomar parte de manera independiente en acciones legales, solicitar una pensión, decidir sobre su propio tratamiento médico o pedir un préstamo.

Finalmente, interesa señalar que la jurisprudencia del TEDH ha contribuido a romper, aunque otra vez no con la extensión y rotundidad requeridas por la CDPD, la ecuación entre la incapacitación y la privación de derechos. Así, como antes se señaló, el TEDH mantiene que la autorización del tutor no convierte en “voluntario” un internamiento y entiende que la incapacitación no implica que la persona sea “de hecho” incapaz para comprender la situación y expresar su consentimiento, afirma que el que una persona se encuentre bajo tutela no impide que tenga capacidad procesal para acceder directamente a los tribunales con el objetivo de que se revise su incapacitación o su privación de libertad, y admite la validez del acuerdo de representación legal celebrado por una persona incapaz<sup>109</sup>.

En este punto es muy relevante el caso *Alajos Kiss v. Hungary* de 20 de mayo de 2005 en el que el TEDH sostiene que la privación automática del derecho al voto basada en la discapacidad mental del demandante vulnera el artículo 3 del Protocolo 1 de la CEDH. El TEDH considera apropiada la legislación húngara que establece que sólo los ciudadanos capaces de tomar decisiones conscientes y juiciosas y de evaluar sus consecuencias deben participar en la vida pública, pero entiende que en este caso la privación directa del derecho al voto del demandante como consecuencia de su colocación bajo tutela es desproporcionada, pues no se determinó en concreto su idoneidad para votar a través de una evaluación individualizada de su capacidad mental. Ahora bien, de lo anterior se desprende que el TEDH reputa legítima la privación del derecho de sufragio basada en una evaluación personalizada -“funcional”- de la capacidad mental.

En este sentido, el TEDH parece situarse en la línea de aquellos planteamientos que consideran que la incapacitación no incide en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que habrá que evaluar en concreto la capacidad “natural” de las persona, esto es, su capacidad para comprender, dada una determinada situación, el alcance y consecuencias de la decisión a adoptar<sup>110</sup>. Pero, en opinión del TEDH, la falta de esta

---

<sup>109</sup> En el caso *Shtukaturov v Russia* las autoridades rusas no reconocieron al Sr. Bartenev del MDAC como el abogado del demandante a los efectos de la medida cautelar dictada por el TEDH para conseguir que pudiera visitarle en el centro psiquiátrico en el que estaba internado pues, según la legislación doméstica, únicamente su tutor podía celebrar un acuerdo de representación. Sin embargo, el TEDH sí que reconoce la validez de este acuerdo considerando al Sr. Bartenev el abogado del Sr. Shtukaturov.

<sup>110</sup> Vid. por ejemplo M.J. Santos Morón, *Incapacitados y derechos de la personalidad*:

capacidad justifica, en todo caso, la restricción del derecho en cuestión. De nuevo, a la luz del artículo 12 de la CDPD, la solución no es la restricción de los derechos de quienes carecen de la capacidad “natural” requerida, sino el establecimiento de apoyos orientados a promover y potenciar esta capacidad para favorecer el ejercicio de todos los derechos.

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH se derivan ciertos avances en el tratamiento de la capacidad jurídica. Aunque se trata de avances insuficientes desde la óptica de la CDPD. El TEDH debe abandonar definitivamente la visión médica de la discapacidad, cuestionar la incapacitación y toda restricción de derechos basada en la discapacidad y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a acceder a los apoyos que precisen para el ejercicio de su capacidad jurídica en todos los ámbitos<sup>111</sup>.

Se ha señalado con razón que la implementación del artículo 12 de la CDPD es el desafío más importante que tiene que afrontar en la actualidad la comunidad jurídica internacional<sup>112</sup>. Y para encarar con éxito este desafío resulta crucial la colaboración de los sistemas regionales de protección de los derechos. El compromiso del Consejo de Europa con la nueva concepción de la capacidad jurídica contenida en la CDPD y, en concreto, con la interpretación más revolucionaria de esta concepción, es una condición imprescindible para que el sistema europeo de garantía de los derechos proteja los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, y un impulso determinante para que los sistemas nacionales de la región europea avancen también en esta línea.

## TITLE

### THE COUNCIL OF EUROPE'S CONCEPTION OF LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES REVISITED: AN OUTLOOK FROM THE UN CONVENTION

---

*tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

<sup>111</sup> O. Lewis, “How can strategic litigation play a role in nudging States towards legal capacity utopia?”, *cit.*, apunta la necesidad de poner en marcha un tercer tipo de litigios estratégicos que exijan el establecimiento de sistemas alternativos a la tutela, y ofrece algunas orientaciones en este sentido.

<sup>112</sup> G. Quinn, “Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD” (HPOD Conference, Harvard Law School, 20 February, 2010), disponible en [http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard\\_quinn.html](http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html), consultada por última vez el 15 de junio de 2012.

## SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. DISABILITY AND LEGAL CAPACITY IN THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES.- III. DISABILITY AND LEGAL CAPACITY IN THE COUNCIL OF EUROPE: 1. Disability and legal capacity in the Council of Europe's treaties on human rights. 2. Disability and legal capacity in the Council of Europe's activity. 3. Disability and legal capacity in the European Court of Human Rights's case-law.

## KEY WORDS

Disability; Legal capacity; Council of Europe.

## ABSTRACT

This paper analyzes the conception of legal capacity of persons with disabilities in the Council of Europe's Human Rights System and provides some key points to review this conception in the light of the "right of equal recognition before the law" recognized in the article 12 of the Convention on the Rights of Persons with disabilities. The Council of Europe should promote the revolution that the article 12 implies in the traditional regulation of legal capacity in order to ensure the full exercise of human rights by persons with disabilities in an equal basis with others.

Fecha de recepción: 08/11/2012 Fecha de aceptación: 25/11/2012.