

SOBRE LA POSTERGADA (Y NECESARIA) REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LOS INGRESOS INVOLUNTARIOS Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

M^a Eugenia Torres Costas

Doctora en Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *About the postponed (and necessary) reform of the regulation of involuntary internments and other fundamental rights*

RESUMEN: El Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que acoge todo el paradigma social de la discapacidad propugnado por la CDPD, cuyo trámite preparlamentario ha finalizado, supone un paso de gigante en la adaptación de nuestra legislación interna a los dictados de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Esta reforma, sin embargo, deja inalterado el artículo 763 LEC, relativo a los ingresos involuntarios, así como cualquier materia que afecte a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo cual supone el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de dos sistemas, uno sustitutivo y otro asistencial, absolutamente contradictorios e incompatibles, aspecto objeto de análisis en el presente artículo.

ABSTRACT: *The Preliminary Draft Law reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, which embraces the entire social paradigm of disability advocated by the CRPD, whose preparatory procedure has been completed, It represents a giant step in adapting our internal legislation to the dictates of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). This reform, however, leaves unchanged article 763 LEC, regarding involuntary income, as well as any matter that affects the fundamental rights of people with disabilities, which implies the maintenance in our legal system of two systems, one substitute and another healthcare, absolutely contradictory and incompatible, aspect object of analysis in the present article.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, derechos humanos, ingresos involuntarios, tratamientos, libertad, Convención.

KEYWORDS: *Disability, human rights, involuntary internment, treatment, freedom, Convention.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSICIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 3. LA IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN E INFLUENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. DEROGACIÓN O PERVIVENCIA DEL ARTÍCULO 763 LEC: LA INCOMPATIBLE CONVIVENCIA ENTRE LA CDPD, EL CEDH Y EL FUTURO PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO DE OVIEDO. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Se cumplen en estos días dos años¹ desde que la Comisión General de Codificación (CGC) remitiera al Ministerio de Justicia su propuesta de reforma para la adaptación de

¹ El Presidente de la Sección primera, de Derecho civil, entregó el pasado 20 de marzo al Ministro de Justicia una propuesta de reforma del Código civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil. El

la normativa en vigor a lo previsto en el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)².

La Comisión redactó dos textos que implicaban, por una parte, la elaboración de un Anteproyecto que abordaría, en un primer momento, la reforma del Código civil, la ley del Registro Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiéndosele posteriormente la reforma correspondiente a la Ley del Notariado y a la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, elaborada por la Sección Primera en la parte civil y por la Sección Quinta de la Comisión, en la parte procesal. En términos generales, se puede afirmar que este primer Anteproyecto recoge el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos e incorpora el nuevo sistema de apoyos impuesto por la CDPD. Otorga prioridad absoluta a las medidas voluntarias diseñadas por la propia persona con discapacidad; deroga el tradicional sistema de incapacitación y tutela y lo sustituye por el nuevo procedimiento judicial de provisión de apoyos, de carácter subsidiario, basado en el respeto a la voluntad, gustos y preferencias de la persona. Aunque presenta algunos aspectos dudosos o confusos, acoge en general la visión de la CDPD en la interpretación de su Comité, que rechaza la preponderancia del principio de superior interés en el otorgamiento de medidas judiciales de apoyo al propugnar la supremacía del respeto a la voluntad y la promoción de la autonomía de la persona. El

texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que se incluye en el anteproyecto ha sido elaborado por la Sección de Derecho Procesal a lo largo de sus sesiones iniciadas a tal efecto el 21.6.2017 hasta el 18.4.2018. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En: [mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF) Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF)

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF) (fecha de consulta: noviembre, 2018). En diciembre de 2018, el nombre del Anteproyecto fue sustituido por el actual: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

² Por lo que respecta a la Sección Primera, la de lo Civil, la máxima prioridad se fijó en la elaboración de un Anteproyecto sobre la reforma de la legislación civil, especialmente el Código civil, para cumplir con la exigencia establecida en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Después del trabajo realizado durante las sesiones desarrolladas entre el 18 de noviembre de 2015 y el 13 de diciembre de 2017, el texto fue finalmente presentado a la consideración del Ministro de Justicia el 20 de febrero de 2018, según expone TORRES GARCÍA (2018): 1-3. Sobre la reforma proyectada, *Vid.* TORRES COSTAS (2020); VALLS I XUFRE (2020): 20-25; ALONSO PARREÑO (2020): 17-19; CUENCA GÓMEZ (2019): 109-132; LEGEREN MOLINA (2019): 165-212; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2019): 253-270; GARCÍA RUBIO, M. P. (2018-I): 173-197; de la misma autora (2018-II): 29-60; y (2017): 145-191, MAGARIÑOS BLANCO (2018): 199-225; MUNAR BERNAT, P. A. (2018): 121-152; PALLARÉS NEILA (2018): 153-171; PAU (2018): 5-28; PEREÑA VICENTE, M. (2018): 61-83.

trámite preparlamentario de este primer Anteproyecto, que se vio suspendido con motivo de la celebración de los dos procesos de Elecciones Generales llevados a cabo en España en 2019 y por la declaración del estado de alarma decretado en España en marzo de 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ya ha concluido.

La materia relativa a los ingresos involuntarios -que se mantienen de momento en la LEC- así como la novedosa referida a los tratamientos involuntarios junto con las medidas a adoptar, de ser preciso, para garantizarlos, se abordaría aparte en un segundo Anteproyecto elaborado paralelamente por la misma Sección Quinta. Éste se tramitaría con carácter de ley orgánica, al afectar directamente a diferentes derechos fundamentales que precisan ese vehículo legal, y se denominaría Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales.

La Sección Procesal de la CGC elaboró el texto encomendado, pero finalmente este segundo Anteproyecto fue retirado. En esencia, las críticas recibidas con relación a su contenido se centraban sobre todo en el mantenimiento del tradicional paradigma médico rehabilitador a combatir mediante la adaptación de nuestro ordenamiento a la CDPD, que proscribía cualquier limitación de la libertad de la persona basada en el hecho de la discapacidad. La propuesta de la Sección Quinta de la CGC suponía un claro retroceso y chocaba de lleno con el primer Anteproyecto mencionado, que acogía expresamente en su Exposición de Motivos las recomendaciones efectuadas por el Comité en su Observación General Primera en el año 2014³. Tras la retirada del Anteproyecto de ley orgánica, hasta la fecha todavía no se ha presentado por parte del prelegislador otra alternativa relativa a los internamientos y derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

2. LA POSICIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La cuestión relativa a esta materia, principalmente respecto a los ingresos forzosos, ha sido y sigue siendo ciertamente polémica tanto entre la doctrina científica como en los distintos juzgados y tribunales hasta el punto de que, a la vista de las Observaciones efectuadas a España por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (el

³NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: enero, 2018).

Comité) en los años 2011⁴ y 2019⁵ con motivo de la presentación de sus preceptivos informes periódicos (artículo 35 CDPD), cabría preguntarse si realmente es posible una ley que admita y regule los ingresos de las personas con discapacidad en contra de su voluntad cuyo fundamento se encuentre precisamente en su estado de salud o sea consecuencia de su discapacidad. En este sentido, el Comité ha sido contundente y no ha dejado ningún resquicio de duda al rechazar tajantemente cualquier tipo de ingreso o tratamiento involuntario con motivo de la discapacidad, por entenderlo discriminatorio, estigmatizante y contrario a los derechos a la libertad, a la integridad, pero también a la dignidad propugnados, entre otros, en los artículos 12, 14, 19 y 25 CDPD⁶.

⁴ NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En (fecha de consulta: noviembre, 2018).

⁵ NACIONES UNIDAS, 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Adoptadas por el Comité en su sesión veintiuna (11 de marzo a 5 de abril de 2019). Avance de versión inédita. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en (fecha de consulta: abril, 2019)

⁶ «Artículos 14 y 25: Libertad, seguridad y consentimiento. 40. El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso.

41. El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento. En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad. Ese personal debe garantizar también, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas». NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11^o período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N^o 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, pág. 12 fecha de consulta: enero, 2018)

La posición del Comité, especialmente a raíz de las directrices marcadas tras el dictado de la Observación General Primera, ha sido calificada de «radical» entre un amplio sector de la doctrina científica española⁷ y, al día de la fecha, podemos confirmar que, en contra de lo afirmado en algunas resoluciones, tampoco ha sido realmente acogida por la doctrina jurisprudencial, sino más bien lo contrario. Buena prueba de ello es el incremento de los procedimientos judiciales de internamiento involuntario⁸, regulados en los artículos 763 LEC, como procedimiento autónomo, y 762 LEC⁹, como medida cautelar, así como la doctrina más reciente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que continúan admitiendo este tipo de ingresos al amparo de lo previsto en el artículo 5-1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que lo interpreta¹⁰.

Los informes emitidos por el Comité en relación con España, en el año 2011 y en el año 2019 han concluido que el artículo 763 LEC debe ser derogado y sustituido por leyes que permitan el ingreso o tratamiento basado simplemente en el consentimiento informado del paciente, requiriendo a España, para que adopte las medidas de apoyo precisas para que la persona pueda prestar (o negar) dicho consentimiento¹¹.

⁷ CANIMAS BRUGUÉ (2016): 12-31; PEREÑA VICENTE (2016): 153; ALEMANY (2018): 201-222; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2019): 262, entre otros.

⁸ Durante las reuniones mantenidas con los representantes del Estado español en relación con el Informe inicial presentado, el Comité preguntó sobre las razones por las cuales los internamientos involuntarios habían aumentado en más de un 26 % durante el año 2010. En esa misma sesión, el Comité advirtió de que «la detención de personas debido a “crisis psiquiátricas” es incompatible con el artículo 14 de la Convención».

⁹ Podemos intuir que a raíz de la STC 132/2016, 18 julio, (BOE número 196, de 15 de agosto de 2016, sec. T.C., págs. 60435-60446) han podido aumentar también, al haber resuelto el Tribunal Constitucional que a los ingresos en centros residenciales de personas mayores que no estuvieran en condiciones de decidir no pueden ser regularizados *a posteriori* mediante el expediente del artículo 763 LEC, pero en estos casos insta a la Fiscalía a tramitar el correspondiente procedimiento de incapacitación interesando el internamiento como medida cautelar del artículo 762 LEC.

¹⁰ Caso *Winterwerp*. c. los Países Bajos, STEDH 24 octubre 1979, §39, serie A, núm. 33. TEDH 1979/4; Caso *X. c. Rusia*, nº. 3150/15, 20 febrero 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:0220JUD000315015) o caso *Karamanof* c. Grecia, nº 46372/09, §42, 26 julio 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD004637209, (y los que en él se citan); o la STEDH 17 enero 2012, Demanda núm. 36760/06, caso *Stanev* contra Bulgaria, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006. Un interesante análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia de internamientos involuntarios se puede encontrar también en MIRANDA ESTRAMPES, Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los ingresos involuntarios, (2012): 8-9.

¹¹ «El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado». NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/CO/1, *Vid.* nota⁴; en el mismo sentido, NACIONES UNIDAS, 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3, *Vid.* nota⁵ (fecha de consulta: abril,

Entre la doctrina, hay quien niega valor vinculante a los informes emitidos por los Comités creados por los Tratados internacionales para interpretar y supervisar su contenido¹². También la Jurisprudencia ha sido contraria a admitir ese carácter obligatorio para la autoridad judicial, mucho más el valor ejecutivo de ese tipo de dictámenes¹³, a los que reconocía tradicionalmente una función única y meramente hermenéutica lo que, en la práctica, venía a suponer que su contenido se convertía simplemente en «papel mojado» a la hora de exigir el cumplimiento de sus dictados a los Estados infractores.

2019). En caso de no poder otorgarlo de forma comprensiva para los demás, habría de realizarse un esfuerzo importante por averiguar y reinterpretar la voluntad real de quien debiera recibir el tratamiento o ser ingresado.

¹² TORRES COSTAS, M. E. (2020): 117, concluye tras un exhaustivo repaso a la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo, particularmente tras el fallo dictado en la STS 1263/2018, 17 julio (Roj: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747), «que el carácter de los informes de los Comités de los Tratados es hermenéutico, pero también vinculante, y además ejecutivo, con independencia de que en el Estado Parte que hubiera firmado el Tratado y, en su caso el Protocolo facultativo, exista o no un procedimiento autónomo y específico para reclamar la ejecución de los Dictámenes que a su favor hubiese dictado el Comité». Por su parte, CUADRADO PÉREZ (2020): 13-90, analiza las Observaciones del Comité y lo que él denomina su «cuestionable eficacia», así como su confrontación con el Anteproyecto de Ley español donde se propone la reforma de nuestro sistema. En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS (2019): 257, coincidiendo con DE SALAS MURILLO (2018): 1-6, no existe a cargo de los Estados signatarios una obligación, en sentido estricto, de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité, de forma que «un Estado Parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor», pero que en última instancia tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria. Para SOLÉ (2016): 68-69, el posicionamiento del Comité, con independencia del valor jurídico que se le dé en derecho internacional, no es susceptible de ser invocado directamente, sin perjuicio de que pueda ser utilizado por los Tribunales estatales o internacionales, citando como ejemplo de ello, la STS 27 noviembre de 2014. Por su parte, GARCÍA PONS (2013): 119-120 defiende que las observaciones del Comité no tienen fuerza normativa, son recomendaciones y líneas orientativas, sin fuerza legal u obligatoria, pero con un indiscutible carácter diplomático y moral a la vez. Sobre este particular también se ha pronunciado GONZÁLEZ GARCÍA (2008): 59-147, realizando un pormenorizado análisis sobre la postura jurisprudencial española, principalmente del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional acerca del valor de este tipo de informes, negándoles reiteradamente valor vinculante por no ser emitido por un órgano jurisdiccional. Este autor pone de relieve la discrepancia entre la postura manifestada por los tribunales españoles y la actuación del legislador al acometer reformas legislativas en la línea de las exigencias de los Comités, concretamente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU). Para este jurista, esta discordancia entre las reacciones del legislador y el encargado de tutelar y aplicar la ley ante un mismo dictamen no son, sin embargo, incompatibles por mucho que puedan parecer contradictorias. *Vid.* del mismo autor (2008): 132.

¹³ Así, según recuerda GUTIÉRREZ ESPADA (2018): 842, la STS (2^a) 141/2015, 11 febrero, respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano «político», «no jurisdiccional», afirmaba que: «el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Otras sentencias que también niegan el carácter vinculante de este tipo de informes son las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3862/2009). Roj: STS 953/2011, ECLI:ES:TS:2011:953; entre otras, citadas por la STS 1263/2018, 17 julio 2018. Roj: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747, entre otras.

Esta tendencia jurisprudencial ha dado un giro copernicano a raíz de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 17 de julio de 2017¹⁴, donde declara el valor vinculante de dichos dictámenes¹⁵ que además se extiende también a su fuerza ejecutiva y ello con independencia de que, en el Estado Parte, en este caso España, exista un procedimiento autónomo y específico para ello o no¹⁶. Invocando los principios de legalidad y jerarquía normativa recogidos en el artículo 9.3 CE, la sentencia declara que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado el Estado español forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el artículo 96 CE¹⁷.

¹⁴ STS 1263/2018, 17 julio 2018. Roj: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747. Caso Ángela González Carreño. Disponible también en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf>.

¹⁵ Entre la doctrina se lo venían reconociendo autores como FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (2009): 179-198; TRINIDAD NÚÑEZ (2009): 329-349; y, más recientemente, GUTIÉRREZ ESPADA (2018): 836-851; o PORXAS ROIG (2019): 447.

¹⁶ La sentencia parte de un informe emitido por el Comité sobre la Eliminación de cualquier forma de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y determina expresamente que el Dictamen del Comité de la CEDAW, por su propia naturaleza, puede ser, en sentido amplio, el presupuesto que permita formular una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Estado. En segundo lugar, el Tribunal Supremo en esta ocasión admite expresamente que aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo, fundamentando dicha afirmación en el artículo 24 de la CEDAW, equiparable al artículo 1 CDPD, especialmente en sus apartados a), b), d) e i), y en el artículo 7-4 del Protocolo de la CEDAW equiparable a su vez a los artículos 6-4 y 7 CDPD, reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité de la CEDAW del artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente ratificado por España, equiparable también al artículo 1 del Protocolo Facultativo de la CDPD. El Tribunal constata en esta sentencia que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que por imperativo del artículo 96 CE forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; esto tiene una especial relevancia porque nos encontramos ante la vulneración de derechos fundamentales que ha sido declarada por un órgano internacional reconocido por España, por lo que la infracción de los concretos derechos que la recurrente tenía, al amparo de la Convención, ha sido producida por el Estado español y dicha declaración se ha dictado en el marco de un procedimiento regulado en el que España ha sido parte, según afirma el TS en esta sentencia.

¹⁷ Y gozan de la jerarquía que tanto este artículo –rango supra legal- como el artículo 95–rango infra constitucional- les confieren, lo cual implica que el tratado concluido válidamente y publicado tiene, en todo caso, valor superior al de la ley aunque inferior a la Constitución, por lo que podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en el caso de violar un precepto de la norma fundamental... SERRANO ALBERCA (2003) [en línea], «Sinopsis del artículo 96 CE». Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2> (fecha de consulta: julio, 2019).

De admitirse entonces la más reciente interpretación del Alto Tribunal, resultaría incuestionable la obligación de España de derogar el artículo 763 LEC, así como cualquier otro precepto o norma que permita los ingresos o tratamientos involuntarios de las personas con discapacidad sin contar con su preceptivo consentimiento. Sin embargo, esta exigencia del Comité que, como hemos anticipado, ha sido calificada de «radical», no ha sido acatada de momento por el legislador español, que no sólo no ha derogado el artículo 763 LEC sino que en el año 2015 le dotó del refuerzo de ley orgánica¹⁸, subsanando así la deficiencia que había dado lugar a la declaración de inconstitucionalidad de su apartado primero y del primer inciso del párrafo segundo, «pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica»¹⁹, si bien con el efecto de «nulidad diferida», en las conocidas STS 131/2010 y STS 132/2010²⁰. Este efecto ha permitido mantener²¹ en la

¹⁸ El apartado tres del Artículo segundo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 175, de 23 de julio de 2015, Sec. I Disposiciones generales, págs. 61871 a 61889) establece: *Se modifica la disposición adicional primera, que queda redactada como sigue: «Disposición adicional primera. Carácter ordinario y Título competencial. 1. La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución...»*

¹⁹ La sentencia dice textualmente: «Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado artículo 763.1 LEC, según el cual “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”, así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”.

Ciertamente en ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y dotados efectivamente de este carácter que, no obstante, regula una materia que, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, FJ 2, es materia reservada a ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que vulneran el artículo 81.2 CE».

²⁰ La STC 132/2010, 2 diciembre (BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, págs. 106-112), señala en su fundamento jurídico tercero sobre los efectos de la inconstitucionalidad declarada que: «A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento Jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999 (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica». La nulidad diferida supone que la expulsión de la norma ya declarada inconstitucional queda aplazada hasta un determinado momento fijado en la Sentencia (caso de la STC 13/2015, 5 febrero, por ejemplo), bien hasta la aprobación de una nueva norma que sustituya a la declarada nula a fin de evitar un vacío no conforme con la Constitución (SSTC 195/1998, 1 octubre, BOE nº 260, de 30 de octubre, págs. 61-66, ECLI:ES:TC:1998:195; o 236/2007, 7 noviembre, BOE nº 295, de 10 de diciembre, págs. 59-83, ECLI: ES:TC:2007:236)». *Vid.*, por ejemplo, Voto particular concurrente que formula la Vicepresidenta de este Tribunal Dña. Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad 5210-2014, STC 151/2017, 21 diciembre 2017, Pleno. BOE nº 15, de 17 de enero de 2018, págs. 6967-6992, ECLI:ES:TC:2017:151.

práctica, incluso durante la declaración del estado de alarma decretado en España para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo²², el procedimiento que, según el Comité, niega a las personas con discapacidad su capacidad jurídica para decidir sobre su salud, permitiendo, en contra de su voluntad, sus ingresos y los tratamientos médicos que conllevan; y todo ello, sobre el fundamento de la protección de «su mejor interés», principio rechazado de plano por el Comité como salvaguardia para las personas con discapacidad.

3. LA IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN E INFLUENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Para entender la postura del Comité debemos remontarnos al proceso negociador de la Convención en el cual se recomendó expresamente la participación de las personas con todo tipo de discapacidad, en lo que constituyó un hito histórico sin precedentes. En efecto, por primera vez en la historia, Naciones Unidas requería la presencia de la sociedad civil en la mesa de negociación de un tratado; hecho insólito, pero no casual, pues se buscaba intencionadamente en la elaboración de esta convención internacional de derechos humanos la participación de las personas con discapacidad por dos motivos: primero, por el colectivo especialmente vulnerable al que iba dirigido y, segundo, por el contenido del propio tratado. La invitación de la Asamblea General a la participación de las organizaciones no gubernamentales quedó plasmada oficialmente en la Resolución 56/510 dictada por la Asamblea General en la 109ª sesión plenaria celebrada el 23 de julio de 2002 dentro del quincuagésimo sexto período de sesiones²³.

²¹ Y aumentar. *Vid.* nota⁹

²² RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE Nº 67, de 14 de marzo de 2020, cuya disposición adicional segunda exceptúa de la orden general de suspensión de los plazos procesales, precisamente a la autorización de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del artículo 763 LEC, independientemente de que este sea ordinario o urgente, pues ninguna limitación se establece al efecto.

²³ Para ello, se fijaron unas normas bastante flexibles que permitieron la participación de aquellas entidades que estuviesen debidamente acreditadas ante Naciones Unidas al comienzo del proceso negociador, pero también la de aquellas que mostrasen su interés en intervenir en cualquier momento del mismo; se aspiraba a que estas entidades representasen a todos los países y culturas del mundo; se ordenó la dotación de cuantos medios materiales y humanos precisasen para garantizar su participación, especialmente en aquellos casos que presentasen mayores dificultades para ello; pero también se dejó claro que esta peculiar forma de participación no constituiría ningún antecedente para otros procesos negociadores futuros. NACIONES UNIDAS. 2002. A/RES/56/510 Quincuagésimo sexto periodo de sesiones Temas del programa 8 y 119 b) Resolución aprobada por la Asamblea General 56/510. Acreditación y participación de organizaciones no gubernamentales en el Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/56/L.82 y Add.1). En: un.org. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/56/510> (fecha de consulta: enero, 2018).

Aunque en la primera sesión ya participaron algunas personas con discapacidad, a partir de la segunda se constituyó el conocido *Caucus* internacional de la Discapacidad (Caucus) que inicialmente estuvo integrado por veinticinco asociaciones representantes del colectivo y al final del periodo negociador lo conformaban más de setenta representantes de todas las discapacidades de todo el mundo y de todas las culturas. El resultado de la participación de estas entidades y de las propias personas con discapacidad que intervinieron en primera persona durante el proceso fue que el 70% del contenido del Tratado se debe a sus propias aportaciones, según llegó a afirmar uno de los presidentes del Comité Especial para la elaboración de la Convención.

Uno de los mayores éxitos reconocidos del proceso negociador fue que, pese a la enorme heterogeneidad de las entidades y personas participantes, y a las diferencias mostradas durante el mismo, todas ellas aprobaron unánimemente el texto final que asumía el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos e incorporaba el nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones basado en el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su sentido más amplio y en el respeto absoluto a su voluntad.

Especialmente activas durante este periodo, se mostraron asociaciones tan relevantes como la Red Mundial de Usuarios y Supervivientes de la Psiquiatría (WNUSP, por sus siglas en inglés) o *Inclusion International* que representaban a un numeroso colectivo de personas con discapacidad psicosocial e intelectual. Respecto a la primera de las asociaciones mencionadas, conviene recordar el papel que su Presidenta²⁴, abogada y autodeclarada superviviente de la psiquiatría, jugó en la redacción del texto base que elaboró el grupo de trabajo al que el Comité Especial para la elaboración de la Convención encomendó para iniciar su negociación²⁵. También es destacable su

²⁴ MINKOWITZ, abogada, representante de la WNUSP en la redacción y negociación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD). Sirvió en el comité directivo del International Disability Caucus y fue miembro del grupo de redacción de 40 personas que creó el texto oficial del tratado para su negociación. Se le atribuye gran parte del carácter de cambio de paradigma de la CDPD en las áreas de capacidad legal, libertad y respeto por la integridad de la persona. TINA MINKOWITZ es abogada y sobreviviente de la psiquiatría y cree en el desarrollo de perspectivas auténticas de usuario/sobreviviente en derechos humanos. *Vid.* Entrevista realizada por la organización Documenta. Análisis y acción, publicada el 3 de diciembre de 2018 en <https://www.youtube.com/watch?v=tS1u7UK-Pwg> (fecha de consulta: marzo, 2019) o, más recientemente, conferencia pronunciada el 21 de enero de 2019, en La Casa del Mar de Barcelona, en el un encuentro de los movimientos activistas de salud mental en primera persona. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=AT57W6gtVck> (fecha de consulta: marzo, 2019).

²⁵ El 23 de diciembre de 2003, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó la Resolución 58/246 mediante la cual hacía suya la decisión, adoptada en su 14ª sesión celebrada el 27 de junio de 2003 por el Comité Especial *encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, de establecer un Grupo de Trabajo

intervención desde el primer momento en la defensa del nuevo paradigma de la discapacidad. Fueron numerosas las ocasiones en que, reiterada y firmemente, mostró su oposición al mantenimiento de cualquier régimen sustitutivo y a cualquier legislación que permita los internamientos o tratamientos médicos no basados en el otorgamiento del previo consentimiento del paciente, alegando, al igual que los representantes de *Inclusion International* y, sobre todo, el representante del Caucus, donde ambas asociaciones se integraron, que tales medidas de carácter forzoso habían supuesto y suponían una continua vulneración de los derechos fundamentales del paciente.

Otras asociaciones representantes de estos mismos colectivos, personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, se habían mostrado a favor de ellos, pero finalmente, de forma unánime aprobaron el texto de la CDPD que claramente aboga por el respeto máximo a la voluntad de la persona. Por lo tanto, no es real, como afirman los críticos, que en la negociación de la Convención no participasen personas con este tipo de discapacidades²⁶.

4. DEROGACIÓN O PERVIVENCIA DEL ARTÍCULO 763 LEC: LA INCOMPATIBLE CONVIVENCIA ENTRE LA CDPD, EL CEDH Y EL FUTURO PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO DE OVIEDO

Como ya hemos comentado anteriormente, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, adelanta que la reforma acoge el nuevo paradigma de la CDPD en la interpretación del Comité, lo que supone el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica y del principio del respeto a la voluntad de todas las personas con discapacidad. Ya no cabe, por tanto, la limitación de la capacidad jurídica, la sustitución en la toma de decisiones ni la restricción de ningún derecho por motivos de discapacidad. La Disposición Transitoria Primera de dicho Anteproyecto ordena que a partir de la entrada en vigor de la ley queden sin efecto las meras prohibiciones de derechos de las

encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirviese de base para la negociación del proyecto de Convención por los Estados miembros y los Observadores que lo integraban.

²⁶ Los mismos críticos, reprochan al Comité que sus miembros, personas con discapacidad física o sensorial, no representan ni protegen a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial; olvidando que cualquier persona con cualquier tipo de discapacidad puede llegar a ser integrante de aquél, cuyos cargos son rotatorios; y que las personas con discapacidad intelectual o psicosocial son escuchadas en sus reuniones periódicas, al haber cambiado su reglamento de funcionamiento interno (NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/11/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014). En: un.org, Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/029/45/PDF/G1402945.pdf?OpenElement>) (fecha de consulta: enero, 2018) para permitir su participación presentando informes, aportaciones o alegaciones respecto a lo informado por los Estados parte. Por ello, su posición es más bien la voz de las asociaciones que representan esos intereses, a través de los dictámenes y observaciones que emiten.

personas con discapacidad. Ello implicará que, de forma automática y por obra de la ley quedarán sin efecto prohibiciones dictadas al amparo del régimen todavía vigente, como el derecho a casarse o a testar, por ejemplo.

Cabría plantearse entonces si, a la luz de lo previsto en esta Disposición Transitoria, quedarían anuladas también las prohibiciones o restricciones que afectan al derecho a la libertad, al impedir a la persona ingresada involuntariamente en un centro elegir el lugar donde vivir. En principio podría pensarse que sí, pero de momento el artículo 763 LEC, regulador de ese tipo de ingresos, permanece inalterado, con lo que resulta evidente la contradicción entre la reforma del Anteproyecto que, previsiblemente, si la situación de alarma sanitaria en la que actualmente nos encontramos lo permite, se aprobará próximamente, y el precepto mencionado, claro exponente del denostado paradigma médico.

Como ya expuso también el Comité, la convivencia del tradicional régimen sustitutivo de la voluntad, del que es ejemplo evidente el artículo 763 LEC, con el nuevo sistema de apoyos no es compatible²⁷. Para el órgano supervisor, este precepto sencillamente debe ser derogado y dar paso a una nueva legislación donde los ingresos sólo puedan ser realizados con el consentimiento del paciente y esto es lo que, en aplicación de lo previsto en los artículos 96 y 10 CE, debe realizar el legislador español, sencillamente porque los ingresos involuntarios no son compatibles con la CDPD.

²⁷ «28. La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención». NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11^o período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N^o 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>, p.7 (fecha de consulta: enero, 2018). El Comité ha aclarado también que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes: tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Todos ellos, para el Comité presentan ciertas características en común: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto, incluso contra su voluntad, que tomará las decisiones por la persona concernida; y iii) las decisiones adoptadas por el sustituto se basan en el principio del «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de en su propia voluntad y sus preferencias. Sin embargo, autores como SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2015): 595, defienden que los mecanismos de sustitución pueden resultar necesarios para que la persona con discapacidad intelectual pueda válidamente ejercer sus derechos en el tráfico jurídico. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2019): 263, mantiene que las figuras de carácter sustitutivo son en todo caso necesarias si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes.

Los que se niegan a aceptar la desaparición del precepto, y con él la posibilidad de realizar ingresos en contra de la voluntad de la persona con discapacidad sobre la base de esta condición, se apoyan en la vigencia del actual artículo 763 LEC y en lo previsto en el artículo 5 del CEDH, anteriormente citado, cuyo párrafo 1 e) permite expresamente el ingreso involuntario del «enajenado»; es decir, de la persona con enfermedad mental o discapacidad intelectual.

Se da la circunstancia de que en España conviven dos tratados internacionales debidamente ratificados, reguladores de la misma materia y contradictorios entre sí. En nuestra opinión no cabe duda de que, en aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y *pro homine*²⁸, en esta materia ha de prevalecer por encima de lo establecido en el CEDH, lo previsto en el artículo 14 y 19 CDPD, según lo interpretado por su Comité.

El conflicto señalado se ha visto acrecentado en los últimos tiempos al conocerse que, en el marco del Consejo de Europa, se está tramitando el Proyecto de Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de la biología²⁹ (Convenio de Oviedo).

El objeto de este nuevo Protocolo es la regulación de los procedimientos a seguir para la adopción de medidas de carácter involuntario (tratamiento involuntario, incluyendo dentro de éste el internamiento forzoso) dirigidas específicamente a las personas con enfermedad mental. Su Exposición de Motivos presenta un amplio elenco de razones para justificar la necesidad de disciplinar la protocolización de este tipo de medidas³⁰.

²⁸ El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. HERNÁNDEZ VÁZQUEZ (2014): 3.

²⁹ DH-BIO/INF (2018) 7, Conseil de l'Europe. COMITE DE BIOETHIQUE (DH-BIO). Projet de Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'homme et la biomédecine relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires.

³⁰ Por ejemplo, que el tratamiento involuntario de una persona cuya capacidad para tomar una decisión sobre un tratamiento se ve seriamente perjudicada debe apuntar a permitirle recuperar esa capacidad; destaca, en segundo lugar, la importancia primordial del desarrollo de alternativas a las medidas involuntarias y el uso sistemático de medidas alternativas; reconoce, que el uso del ingreso y el tratamiento involuntarios puede socavar la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales pero puede llegar a adoptarse aunque debe ser limitado y tales medidas sólo deben implementarse como último recurso. En el caso de recurrir a tales medidas deberá garantizarse que las personas interesadas se beneficien de una protección adecuada y puedan ejercer efectivamente sus derechos y que las medidas serán debidamente controladas para proteger su dignidad.

Sin embargo, la lectura integral de su articulado nos permite afirmar que este Proyecto de Protocolo no hace más que dar continuidad al paradigma médico-rehabilitador superado en la CDPD, contribuyendo justamente a perpetuar la estigmatización de las personas con discapacidad, particularmente aquellas con discapacidad psicosocial, lo cual supone un claro retroceso respecto a los logros alcanzados con la ratificación de la CDPD.

De ahí que un número importante de asociaciones y representantes de este colectivo se haya levantado en contra de la tramitación de este Protocolo³¹. Sus argumentos, que resumimos a continuación, aluden a que el mencionado Protocolo se opone a la CDPD tanto en su objeto como en su propósito claramente discriminatorio, ya que permite el ingreso y los tratamientos involuntarios dirigidos de forma específica a las personas con discapacidades psicosociales. Tanto el Estado español³² como todos los miembros del Consejo de Europa que hayan ratificado la CDPD, están obligados a respetar este tratado internacional en aplicación del ya citado principio *pro homine*; lo que también ha sido advertido por el Comité³³. En la redacción del mentado Protocolo se confunden coerción y cuidados; las referencias que se realizan a los supuestos beneficios de los ingresos y tratamientos involuntarios forman parte del pasado y son contradictorias con la evidencia creciente de alternativas; además, el uso de medidas coercitivas causa aún más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera sufrir *ex ante*, aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales³⁴. Por otro lado, ese

³¹ Entre ellas, la Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental, la Confederación SALUD MENTAL ESPAÑA, En Primera Persona, Federación Andaluza de Asociaciones de Salud Mental en Primera Persona y Federación VEUS-Federació Catalana d'Entitats de Salut Mental en Primera Persona, que firmaron un comunicado exponiendo su rechazo. Disponible en: <http://aen.es/wp-content/uploads/2017/12/Posicionamiento-AEN-sobre-Protocolo-Convenio-de-Oviedo.pdf> fecha de consulta: marzo, 2019).

³² A la vista del Informe segundo y tercero combinados presentado por el Estado español y de las alegaciones efectuadas por la Delegación española al respecto durante su toma en consideración por el Comité, éste en sus Observaciones y Recomendaciones Finales a dicho informe, ha exhortado al Estado español, como ya se había comentado anteriormente, para que cumpla con sus obligaciones en virtud del artículo 14 de la Convención, y se guíe por las directrices del Comité, en todos los debates sobre ese Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

³³ *The Committee strongly recommends that all States parties to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities who are members of the Council of Europe explicitly oppose the adoption of the Additional Protocol to the Oviedo Convention. The Committee also welcomes the opposition already expressed by the States of Portugal, Bulgaria and the Former Yugoslav Republic of Macedonia, and encourages them to raise their views before the Committee on Bioethics of the Council of Europe.* Declaración del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad llamando a los Estados partes a oponerse al proyecto de Protocolo Adicional a la Convención de Oviedo, adoptada durante la vigésima sesión del Comité, celebrada del 27 de agosto al 21 de septiembre de 2018 en Ginebra.

³⁴ En efecto, el ingreso involuntario por un problema de salud mental suele suponer el uso de otras intervenciones coercitivas en contra de la voluntad de la persona, como la medicación forzosa, la contención mecánica y el aislamiento. Tales intervenciones constituyen prácticas discriminatorias que

Protocolo autoriza la privación de libertad de la persona basada en la presunción de riesgo grave para sí misma o para otras personas; tal consideración es discriminatoria y estigmatizante; además, la utilización de este planteamiento para la privación de libertad supone una paradoja, pues implica la aplicación de intervenciones que suponen daño y sufrimientos graves con el fin de evitar hipotéticos daños futuros. Cabe añadir que tampoco establece la necesidad de reparar las consecuencias derivadas de los ingresos y tratamientos involuntarios, en términos de daño psicosocial y trauma, ni alude a la violación que suponen del derecho a la integridad y del derecho a rechazar tratamientos, en virtud de las directrices y principios básicos del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, sobre violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. Antes al contrario, los justifica en aplicación reiterada del principio del «mejor interés». Tampoco apoya ni promueve la creación de recursos alternativos en los que se respeten la voluntad y las preferencias de las personas interesadas, y que se basen en el consentimiento libre e informado de las mismas, en consonancia con la CDPD³⁵. Por último, denuncian los representantes de las personas destinatarias del Protocolo, que no se ha consultado a las organizaciones con experiencia en el campo de la salud mental, ni a las de expertos en primera persona; puesto que toda iniciativa en torno a derechos humanos debe implicar y potenciar a todas las partes interesadas y, sobre todo, tener en cuenta la voz de las personas directamente afectadas por estas medidas.

Suscribimos toda la argumentación expuesta por estas entidades. En consecuencia, consideramos que la firma por España de este Protocolo Adicional³⁶ no haría sino

pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma, y en algunos casos pueden ser consideradas maltrato e incluso tortura. A pesar de ello, el Proyecto de Protocolo las permite expresamente, invocando para ello el mejor interés de la persona sometida a tratamiento, lo cual, como hemos visto, tampoco es lo que mejor cohonesca con las directrices que dimanen de la CDPD.

³⁵ Tampoco el propuesto Protocolo da respuesta a las advertencias de los organismos más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, como son el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como a la decisión adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, pidiendo al Comité de Bioética que retire el Proyecto de Protocolo. Al contrario, se mantiene.

³⁶ La firma del Protocolo Adicional por parte de España ha sido motivo de preocupación para el Comité de seguimiento de la CDPD. En la sesión celebrada en marzo de 2019 para tratar sobre los informes segundo y tercero combinados, el relator del país preguntó a la Delegación española en referencia a la carta que el Comité y el Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad habían transmitido al Consejo de Europa en septiembre de 2017 en la cual se describían sus preocupaciones sobre cómo el Proyecto de Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina entraba en conflicto con la CDPD. Concretamente, si el Estado parte tenía la intención de oponerse o no a la adopción del Protocolo Adicional; en respuesta, la Delegación española informó que si bien España había ratificado el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cualquier enmienda o adición al mismo no podía incorporarse a la legislación nacional a menos que cumpliera con la Constitución. En este sentido, afirmaba que el Gobierno era consciente de los muchos problemas asociados con el

empeorar las cosas, al crear un evidente problema de inseguridad jurídica además de un estatus legal que ampararía la discriminación por razón de discapacidad proscrita por la CDPD, vulnerando los derechos fundamentales de todo el colectivo. La firma de ese Protocolo Adicional en los términos planteados supone un claro retroceso en la lucha por los derechos de todo el colectivo de las personas con discapacidad y una vuelta a épocas pretéritas de discriminación y sobreprotección, a las que no se debería siquiera pensar en volver. En definitiva, supone un claro desprecio a la lucha de las personas con discapacidad, pero también a todas las personas que defienden la igualdad plena en el reconocimiento y ejercicio de los Derechos Humanos.

Volviendo a nuestra legislación interna, resulta evidente, a la vista de lo hasta aquí expuesto, la contradicción entre el vigente artículo 763 LEC y la reforma planteada en el primero de los Anteproyectos expuestos, en el que desaparece el procedimiento de incapacitación y cualquier referencia al tradicional modelo de sustitución, recayendo la responsabilidad en la toma de decisiones sobre la propia persona con discapacidad, provista o no de apoyos. Es indudable, por tanto, que nadie podrá sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, ni siquiera en los supuestos excepcionales de representación previstos en la propia reforma y ni siquiera para las cuestiones relativas a la salud.³⁷

proyecto de Protocolo Adicional y estaba tomando medidas para determinar las opiniones de la sociedad civil, el CERMI y otros organismos en relación con su adopción. CRPD/C/SR.446. Toma en consideración del segundo y tercer informe presentados por España ante el Comité. 18 de marzo de 2019.

³⁷ Como hemos aclarado en trabajos anteriores, no es cierto que el Comité rechace como medida de apoyo la representación; lo que el Comité rechaza es la sustitución. No es lo mismo tomar decisiones «en nombre de» otro (representación) que tomar decisiones «por» otro (sustitución). Efectivamente, la representación puede ser voluntaria o legal, pero al igual que en aquella, en ésta también puede haber representación de acuerdo con la voluntad de la persona; esto es, actuar en nombre del representado no se ha de equiparar a no seguir su voluntad porque esta no sea conveniente para sus intereses... «La Exposición de Motivos del Anteproyecto contempla que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y sólo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es decir, mantiene, siquiera con carácter excepcional, un espacio para la adopción de medidas que pueden ser interpretadas como sustitutivas de la voluntad lo cual aparentemente podría resultar contrario precisamente a lo observado por el Comité. Sin embargo, como se verá al ir analizando este Anteproyecto más en detalle y, como adelanta la propia Exposición de Motivos, la nueva reforma no busca la sustitución en la toma de decisiones sino, en estos casos extremos, tan sólo la representación que, por ende, deberá estar siempre apoyada en la voluntad de la persona o en la mejor interpretación de ella». Por lo que respecta a la curatela, «de acuerdo al nuevo paradigma incorporado al Anteproyecto, la curadora, tenga o no facultades de representación, no “sustituye”, como hemos dicho, la voluntad de la persona, sino que habrá de actuar conforme a ésta; es decir, “representa” la voluntad de aquella, realizando la mejor interpretación posible de su voluntad, deseos y preferencias en los casos más extremos, pero no podrá adoptar decisiones “por” ella. Por tanto, no estaríamos ante el tradicional sistema de sustitución, sino que se incorporaría un sistema de apoyos para el cual se admitiría en situaciones sólo excepcionales la representación acorde a la voluntad, deseos y preferencias de la representada». TORRES COSTAS, M. E. (2020): 66-67, 174,179. En el mismo sentido, *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P. (2018-I): 182, 190. También GARCÍA RUBIO, M. P. (2018-II): 55.

Siendo así, desde nuestro punto de vista, la permanencia del artículo 763 LEC sólo podría ser admitida como cauce procesal para reinterpretar esa voluntad, de acuerdo con lo previsto en la CDPD. En este sentido, la reinterpretación del precepto que venimos proponiendo desde hace tiempo³⁸ es la de que el procedimiento del artículo 763 LEC (y el del artículo 762 LEC, en su caso) sólo debería utilizarse en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad no hubiese podido transmitir su voluntad de forma comprensible para los demás y, por tanto, el procedimiento serviría, precisamente, para recabar las pruebas precisas para que la autoridad judicial pudiese conocer el que sería o hubiera sido su deseo, si la persona concernida hubiera podido expresarlo de modo que los demás pudieran comprenderlo y, de llegar al convencimiento de que ese sería el de ingresar, autorizar judicialmente el ingreso o, en su caso, el tratamiento.

Respecto a este último, se debe señalar además, la enorme discrepancia existente también entre la doctrina y la jurisprudencia acerca de si el artículo 763 LEC es aplicable o no a los tratamientos involuntarios distintos de los ingresos. Nuestra postura es exactamente igual que la expresada para los ingresos involuntarios, pues los argumentos son los mismos: no cabe ninguno fuera del otorgamiento del consentimiento por parte de la persona concernida. Sin embargo, la polémica suscitada tradicionalmente se ha polarizado; la defienden quienes entienden que el artículo 763 LEC es extensible para los tratamientos involuntarios³⁹, en aplicación del principio *ad maiores ad minus*, es decir, la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental a la libertad contenido en el artículo 763 LEC regulador del internamiento no voluntario –*ad maiore*–, aportaría la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere para el tratamiento ambulatorio no voluntario –*ad minus*–; otros la niegan⁴⁰ al entender que los derechos protegidos son distintos: para el caso de ingresos involuntarios, el bien protegido es la libertad, pero para los tratamientos

³⁸ TORRES COSTAS (2017): 56-89.

³⁹ Sería la postura defendida por el Ministerio Fiscal, por ejemplo, que en sus escritos invoca como fundamentos jurídicos las normas establecidas en el Libro IV, Título I, Capítulo II de la LEC relativas a la regulación «De la capacidad de las personas» y, particularmente los artículos 762 y 763 LEC, interpretados según las directrices establecidas en el Convenio de Oviedo para la protección de los Derechos Humanos de la Dignidad del Ser Humano, de 4 de abril de 1994; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y la CDPD.

⁴⁰ MUÑOZ ESCANDELL (2019): 147, afirma que «No podemos forzar a nadie al tratamiento, y desde luego, no administrarlo sin el oportuno consentimiento informado. Esto afecta también a los ingresos involuntarios y, desde luego, al denominado tratamiento ambulatorio involuntario (TAI), que ni tan siquiera está regulado y que, a la luz de las normas y estándares de derechos humanos, no se puede aplicar bajo principios interpretativos como “quien puede lo más, puede lo menos”».

involuntarios, la integridad y, por tratarse de la restricción de un derecho fundamental, su limitación ha de ser absolutamente restrictiva y, por lo tanto, no cabe aplicar el artículo 763 LEC por analogía; de este modo, la posibilidad de someter a alguien a tratamiento forzoso requeriría de un procedimiento específico no previsto en la ley⁴¹. En todo caso, ambas posturas se enmarcan dentro del tradicional sistema médico rehabilitador en el que, en modo alguno, se tiene en cuenta la voluntad de la persona sino que, por el contrario, se disponen precisamente para ser ejecutados en contra de ésta y, por tanto, en contra del nuevo paradigma recogido en la reforma del primer Anteproyecto al que nos hemos referido aquí.

A la vista de todo lo expuesto, urge la redacción del pospuesto Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, pues un nuevo sistema en el que la voluntad de la persona sea prioritaria y preferente para realizar cualquier clase de acto, excepto aquellos que tengan que ver con sus derechos fundamentales, no sólo no es comprensible sino que supondría echar por tierra toda la reforma contenida en el primero de los Anteproyectos tramitado como ley ordinaria. Además, perpetuaría un sistema que, como han denunciado las personas con discapacidad, ha dado lugar a numerosas vulneraciones de derechos bajo el pretexto de la protección de su mejor interés, con el que sería incompatible.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M. (2018), «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n. a. (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (52), 201-222.

ALONSO PARREÑO, M. (2020), «La esperada reforma civil y procesal en materia de capacidad jurídica», *El Notario del Siglo XXI* (89), 17-19.

⁴¹ «La posibilidad de obligar judicialmente a alguien a someterse a un tratamiento médico contra su voluntad, requiere determinar en qué situaciones estaría legitimada la intervención judicial, frente a qué pacientes, con qué garantías y límites. La intervención judicial en estos casos, no puede encontrar más cobertura constitucional que genéricamente en el principio rector del art. 43.1 CE. («Se reconoce el derecho a la protección de la salud»), ubicado en el Cap. III del Título I (Principios rectores de la política social y económica). Y para ello, en cualquier caso, y de acuerdo con el art. 117.4 CE, se requerirá de una norma específica con rango legal que de modo expreso atribuya al juez la garantía de la salud del ciudadano, facultándole para imponer un tratamiento médico o asistencial no voluntario. Y dicha norma habilitante no existe en la actualidad, por lo que resulta jurídicamente forzada su reconducción al ámbito de un precepto destinado a proteger otro derecho fundamental diferenciado». ORTUÑO NAVALÓN (2017): 49-60.

CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016), «Decidir por el otro a veces es necesario», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas* (39).

CUADRADO PÉREZ, C. (2020), «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 777 (96), 13-90.

CUENCA GÓMEZ, P. (2019), «Sobre la Reforma de la legislación española en materia de Capacidad Jurídica», en MARTÍNEZ PUJALTE, A.; MIRANDA ERRO, J. y FLORES, M., *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad* (1ª ed., págs. 109-132), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

DE SALAS MURILLO, S. (2018), «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (5), 1-46.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009), «La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. y PASTOR PALOMAR, A., *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, (Vol. 2, págs. 179-198), Colección Escuela Diplomática, Madrid.

GARCÍA PONS, A. (2013), «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho Civil*, 59-147.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- (2017), «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LVIII (Separata), 145-191.

- (2018-I), «Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, V (3), 173-197.

- (2018-II), «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, V (3), 29-60.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2008), «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)», en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELEO DE LARREA, A., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Vol. IX, (págs. 105-135), Marcial Pons, México.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2018), «La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (2), 836-851.

LEGEREN MOLINA, A. (2019), «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos», en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DE HOYO, M., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, (1ª ed., págs. 165-212), Tirant lo Blanch, Valencia.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018), «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, V (3), 199-225.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DE HOYO, M., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (págs. 253-270), Tirant lo Blanch, Valencia.

MUNAR BERNAT, P. A. (2018), «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» *Revista de Derecho Civil*, V (3), 121-152.

MUÑOZ ESCANDELL, I. (2019), «Salud mental, derechos humanos y restricción de la libertad» en MARTÍNEZ PUJALTE, A.; MIRANDA ERRO, J. y FLORES, M., *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad* (1^a ed., págs. 133-148), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

PALLARÉS NEILA, J. (2018), «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos», *Revista de Derecho Civil*, V (3), 153-171.

PAU, A. (2018), «De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, V (3), 5-28.

PEREÑA VICENTE, M.:

- (2016), *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, Fundación Manatíal, Madrid.

- (2018), «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil*, (3), 61-83.

PORXAS ROIG, M. (2019), «Análisis de la conformidad de la "nueva curatela" al modelo de apoyo a las decisiones», en MARTÍNEZ PUJALTE, A.; MIRANDA ERRO, J. y FLORES, M., *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad* (págs. 445-461), Aranzadi, Navarra.

SOLÉ, J. (2016), «Artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas», en *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, nº 39, 63-75.

TORRES COSTAS, M. E.:

- (2020), *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (1^a edición), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

- (9 de mayo de 2018), «Capacidad jurídica e internamiento involuntarios de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018», *Anales del European Law Institute*, Madrid.

- (junio-diciembre de 2017), «Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México», *Methodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, 56-89.

TRINIDAD NUÑEZ, P. (2009), «La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La aplicación de los Derechos Humanos en el Derecho Español* (págs. 329-349), Universidad Carlos III, Madrid.

VALLS I XUFRÉ, J. (2020), «El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de Discapacidad», *El Notario del Siglo XXI* (89), 20-25.

Fecha de recepción: 01.04.2020

Fecha de aceptación: 10.09.2020