

MUJERES, (DIS)CAPACIDAD Y TOMA DE DECISIONES¹

WOMEN, (DIS)ABILITY AND DECISION-MAKING

Celia Prados García^{1,a}

¹ Ayudante Doctora de Derecho Civil Universidad de Córdoba, España

✉ acprados@uco.es

Resumen

Con estas notas se pretende reflexionar sobre el grado de implementación del modelo social de la discapacidad en el ordenamiento jurídico español; en particular, proyectado sobre la situación de las mujeres con discapacidad a quienes se les niega, con frecuencia, el derecho a la capacidad jurídica.

Palabras clave: capacidad jurídica; derecho; mujeres; discapacidad.

Abstract

These notes are a reflection on the level of implementation of the social model of disability in the Spanish legal system, focused specifically on the situation of women with disabilities who are often denied the right to legal competence.

Keywords: legal capacity; law; women; disability.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La guarda de hecho desde la perspectiva jurídico-social de la discapacidad”, financiado por la Universidad de Córdoba dentro del Plan Propio de Investigación. Convocatoria de 2022. Modalidad 2. Formación y promoción de recursos humanos. Submodalidad 2.6. UCO-Impulsa.

1. INTRODUCCIÓN

Las mujeres con discapacidad son objeto de discriminaciones múltiples² tanto en el ámbito público como en el privado, especialmente porque se ha construido una preconcepción de la discapacidad que afecta a su capacidad jurídica pero también de su cuerpo y de su sexualidad, siendo frecuentemente infantilizadas y estereotipadas. Así, las mujeres y niñas con discapacidad se enfrentan a obstáculos constantes que surgen como consecuencia de la existencia de barreras sistémicas, algunas de ellas de naturaleza jurídica (UN WOMEN, 2018:11). Estas discriminaciones pueden generar condiciones económicas y sociales inferiores, un mayor riesgo de violencia y abuso, acceso limitado a la educación, así como restricciones de acceso a la atención sanitaria (incluida la salud sexual y reproductiva) a la justicia, al mercado de bienes y servicios, en el reconocimiento de sus derechos familiares y, en general, a la participación en la vida social.

Desde el contexto de los derechos humanos son varios los tratados internacionales que reclaman el pleno desarrollo y empoderamiento de las mujeres con discapacidad. Dos son los fundamentales, entre los de ámbito universal. De un lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), que condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas adecuadas para garantizar la protección jurídica de los derechos de las mujeres, así como a derogar cualquier norma que constituya discriminación contra la mujer. De otro, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que recoge expresamente en su art.6 la existencia de discriminaciones múltiples a las que están sujetas las mujeres con discapacidad y obliga a los Estados parte a adoptar las:

medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad también han quedado reflejados en la Agenda 2030 a través de un objetivo específico referido a la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas, así como de una línea de transversalización de género en las metas e indicadores del resto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Por último, aunque la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, no hace referencia expresa a las mujeres con discapacidad, prohíbe toda discriminación ejercida por razón de sexo o discapacidad (art.21) y reconoce el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, integración y participación en la sociedad (art.29).

No obstante, con estas notas reflexionaremos únicamente sobre el grado de implementación de la CDPD en el ordenamiento jurídico español. La intención es hacerlo desde una mirada feminista y anticapacitista, alejada de las percepciones negativas sobre las que se ha configurado la discapacidad en la cultura popular y jurídica³. En este sentido, el enfoque de género permite analizar y visibilizar las desigualdades derivadas de la asignación

² La discriminación múltiple hace referencia a una situación en la que una persona experimenta más de un motivo de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada (NN.UU. 2016. CRPD/C/GC/3).

³ Sostiene [Silvina Álvarez \(2017\)](#) que en lo referente a los derechos humanos de las mujeres es preciso un cambio de enfoque que realice propuestas de actualización del contenido y protección.

cultural de roles a las mujeres. Sin embargo, desde una visión más integral, se adopta la perspectiva de la interseccionalidad con el propósito de comprender las discriminaciones que sufren las mujeres con discapacidad, que es distinta y mayor que la mera suma del capacitismo y el sexismo⁴.

2. LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El Estado español ratificó la CDPD el 22 de noviembre de 2007 y desde entonces ha venido adaptando la normativa interna al tratado, con el propósito de implementar el modelo social de la discapacidad. Un modelo que entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en la deficiencia, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan. De ahí que el cambio de paradigma conlleve la obligación de prestar los medios necesarios para que la persona con discapacidad pueda tomar sus propias decisiones, especialmente cuando estas decisiones tienen transcendencia jurídica (García Rubio, 2021:3).

Sin embargo, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité), órgano responsable de la supervisión y aplicación de la Convención, ha puesto de manifiesto en sucesivas ocasiones su preocupación por cómo se está aplicando la Convención. La primera vez lo hizo en 2014, con la Observación General 1^a, precisando el contenido y alcance del art. 12 CDPD, que, en definitiva, conlleva dejar que sea la persona quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Respecto a la relación del art. 12 CDPD con el art. 6 CDPD, el Comité hizo referencia a las distintas formas de discriminación por motivos de género y discapacidad, en concreto, a la existencia de sistemas sustitutivos de la voluntad, a la elevada tasa de esterilización forzada y a la privación del control y adopción de decisiones sobre la salud reproductiva, “al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales”⁵. Por ello, insistió el Comité en la necesidad de reafirmar “que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas”. En 2016 lo hizo de nuevo, esta vez con el art. 6 (mujeres y niñas con discapacidad). ¿Por qué lo hizo? Porque detectó una serie de pruebas que demostraban que las mujeres y niñas con discapacidad afrontan obstáculos en la mayor parte de los ámbitos de la vida. Obstáculos que generan situaciones con formas múltiples de discriminación, en particular, en relación con:

la igualdad de acceso a la educación, las oportunidades económicas, la interacción social y la justicia; el igual reconocimiento como persona ante la ley; y la capacidad de participar en la política y ejercer control sobre sus propias vidas en diversos contextos, por ejemplo, respecto de la atención de la salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva, y de dónde y con quién desean vivir⁶.

⁴ En gran medida, las discriminaciones que sufren las mujeres con discapacidad tienen que ver con los estereotipos y prejuicios sobre los que se ha configurado el género y la discapacidad en el imaginario popular (Balza, 2011). Kimberlé Crenshaw (1989), que centró su atención en las mujeres negras, insistió en la necesidad de un giro epistemológico que permitiese comprender la experiencia interseccional en la discriminación que sufrían, y siguen sufriendo, las mujeres negras, frente a la tendencia a tratar la raza y el género como categorías excluyentes, tanto de experiencia como de análisis. En este sentido, el enfoque interseccional conlleva un análisis de la interconexión existente entre los distintos motivos de discriminación.

⁵ NN.UU., 2014. CRPD/C/GC/1. Observación General núm.1 (2014).

⁶ NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/3. Observación General núm.3 (2016).

En este sentido, el Comité definió los siguientes motivos de preocupación con respecto a la protección de los derechos humanos: violencia, salud, derechos sexuales y reproductivos y discriminación. Sobre esta última añadió que la discriminación contra las mujeres y niñas con discapacidad puede adoptar distintas formas: directa (cuando las mujeres con discapacidad reciben un trato menos favorable que otra persona), indirecta, por asociación, por denegación de ajustes razonables y estructural o sistémica. Esta última tiene que ver con los “estereotipos basados en la intersección del género y la discapacidad”⁷.

Es por ello, que el Comité recuerda en la citada Observación General 3^a que las obligaciones de los Estados parte son respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de las mujeres con discapacidad, bien sea en virtud del art. 6 CDPD o de cualquiera de los restantes que le han sido reconocidos. Y concreta que “respetar” requiere la abstención en el ejercicio de derechos de las mujeres con discapacidad; “proteger” conlleva asegurar que los derechos no sean vulnerados; mientras que la efectividad “impone un deber continuo y dinámico de adoptar y aplicar las medidas necesarias para asegurar el desarrollo, adelanto y potenciación de las mujeres con discapacidad”⁸.

Además, al igual que el Comité hace en las otras observaciones generales, relaciona el artículo 6 con el resto de artículos de la Convención. Pero es que en este caso nos encontramos, más que en ninguno, ante un artículo que tiene carácter transversal, que está vinculado a todas las disposiciones sustantivas de la Convención. Si bien, el Comité considera que está “particularmente interrelacionado con las disposiciones relativas a la violencia contra las mujeres con discapacidad (art. 16) y a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, incluido el respeto del hogar y de la familia (arts. 23 y 25)”. Respecto del art. 16 el Comité recoge expresamente algunas formas de violencia, entre ellas el embarazo o la esterilización forzados; la anticoncepción o el aborto no consentidos; la administración de tratamientos electroconvulsivos o el uso de contenciones farmacológicas, físicas o mecánicas.

Respecto a la relación con el art. 23 CDPD resalta la fijación de estereotipos indebidos asociados a la discapacidad y al género, que incluyen la creencia de que las mujeres con discapacidad son seres “asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control y/o son sexualmente hiperactivas” y recuerda que, como el resto de las mujeres, tienen derecho a decidir el número de hijos que quieren tener, así como a decidir sobre las cuestiones relativas a su sexualidad. Insiste también en la denegación del acceso a una educación sexual integral, en la información facilitada en formatos inaccesibles, en las situaciones en las que se hace caso omiso de la voluntad de las mujeres con discapacidad, siendo sustituidas por un tercero, en violación del art. 12 CDPD. Precisamente porque a las mujeres con discapacidad, con mayor frecuencia que a los hombres con discapacidad y que a las mujeres sin discapacidad, se les niega el derecho a la capacidad jurídica, a la salud reproductiva y a fundar una familia. Derechos que son a menudo vulnerados mediante “sistemas patriarcales de sustitución en la adopción de decisiones”⁹.

Por otra parte, además de las Observaciones Generales, dirigidas a todos los Estados parte, el Comité ha realizado recomendaciones específicas al Estado español. En concreto, España presentó el informe inicial sobre aplicación de la CDPD el 3 de mayo de 2010. Respecto de los derechos reconocidos en el art.6 CDPD hizo referencia a la aprobación del I Plan

⁷ NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/3. Observación General núm. 3 (2016).

⁸ NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/3. Observación General núm. 3 (2016).

⁹ NN.UU., 2016. CRPD/C/GC/3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 3 (2016).

de Acción para las Mujeres con discapacidad, a la presentación de la Guía para un uso no discriminatorio del lenguaje en las personas con discapacidad¹⁰, e hizo una escueta remisión al ámbito del derecho laboral¹¹.

En su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011, el Comité acogió con beneplácito el informe inicial de España por haber sido el primer Estado que presentó su informe inicial. También felicitó a España por los progresos realizados en muchos sectores relacionados con la discapacidad¹², pero mostró preocupación por diversas cuestiones relativas a las mujeres con discapacidad¹³ y recomendó al Estado español que las tuviese en cuenta en los programas y políticas públicas sobre la prevención de la violencia de género y empleo. Lo que implicaba elaborar y desarrollar estrategias, políticas y programas en educación, empleo, salud y seguridad social, con el propósito de promover la autonomía y la plena participación de las mujeres y las niñas con discapacidad en la sociedad.

En el año 2018, España presentó los informes segundo y tercero de forma combinada, y a la cuestión sobre mujeres y discapacidad respondió que se había incorporado la dimensión de mujeres con discapacidad en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género; que los institutos de las mujeres de las distintas CC.AA promovían acciones para fomentar los Planes de Igualdad en las empresas de menos de 250 trabajadores; que se habían financiado programas específicos de apoyo a mujeres con discapacidad y que en la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016) se tuvo muy en cuenta la situación de las mujeres con discapacidad, dedicándole un objetivo específico. Por último, en materia legislativa, el informe destacaba la reforma del art. 156 CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴.

¹⁰ Elaborada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a través de la Unidad de Género del Centro de Recuperación de Personas con Discapacidad Física (CRMF) de Salamanca, “con la finalidad de proponer pautas para la utilización de un lenguaje no sexista en relación con las mujeres con discapacidad”. CRPD/C/ES/1, párrafo 17 y 18.

¹¹ En concreto al Real Decreto Legislativo nº1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que establece el principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales y a la aprobación de la Ley Orgánica Nº3/2007 para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, en concreto, “a los derechos reconocidos en materia de trabajo, de Seguridad Social y de conciliación de la vida laboral y familiar”. CRPD/C/ES/1, párrafo 19.

¹² Entre otros: la adopción por el Estado parte del III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, que aborda la discapacidad teniendo en cuenta el género, así como la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, 2008-2012; la adopción de su Estrategia a largo plazo para las personas con discapacidad (2012-2020) y el alto porcentaje de matriculación de niños con discapacidad en el sistema educativo tradicional. Véase: CRPD/C/6/SR.3 y SR.4.

¹³ El Comité mostró preocupación por el hecho de que los programas y políticas públicas sobre empleo y prevención de la violencia de género no tuviesen suficientemente en cuenta la situación de las mujeres con discapacidad. También insistía el Comité en la inquietud que le generaba el hecho de que en materia de empleo no se incluyese la perspectiva de género, junto con los datos de desempleo e inactividad, que eran peores en el caso de las mujeres con discapacidad respecto de los hombres con discapacidad. CRPD/C/ES/Q/1.

¹⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015. Y ello pese a que la reforma no se aprovechó para poner fin a las esterilizaciones no consentidas y mantuvo el tradicional trato paternalista hacia la discapacidad. Así, se mantuvo el principio de mayor interés en el art. 156 CP, que siguió permitiendo que el órgano judicial acordase la esterilización de personas que de forma permanente no pudiese prestar consentimiento. Lo que supone, a todas luces, la vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, incluso aunque, como en este caso, se le diese un carácter residual. Tal y como sostiene María Eugenia Torres Costas (2020:161), el art. 156 CP, en su reforma de 2015,

El Comité examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados cuyas observaciones finales fueron aprobadas en su 463ª sesión, celebrada el 29 de marzo de 2019¹⁵. El Comité destacó, en primer lugar, la adopción de medidas legislativas como aspectos positivos¹⁶, y, a continuación, expuso sus principales motivos de preocupación y recomendaciones. En lo que se refiere a los principios y obligaciones generales (arts.1 a 4 CDPD), el Comité mostró su preocupación sobre el hecho de que la falta de armonización de leyes diese lugar a la utilización del modelo médico de la discapacidad¹⁷. Además, destacó la existencia de discriminaciones múltiples de las mujeres y niñas con discapacidad y, remitiéndose a la Observación General nº3, recomendó la adopción de medidas eficaces, con carácter urgente, para su detección y prevención, en particular en el caso de mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial¹⁸. También resaltó la persistencia de prejuicios y estereotipos entre los operadores jurídicos y entre el personal de los servicios sociales, acerca de la aptitud de las personas con discapacidad para criar a sus hijos¹⁹. En este sentido instaba al Estado español a proporcionar apoyo para que las madres con discapacidad puedan conservar la patria potestad plena de sus hijos, promoviendo una imagen positiva de la aptitud de estas personas para criar a sus hijos y ejercer su responsabilidad parental. Asimismo, mostró preocupación por las restricciones de acceso de las mujeres con discapacidad a la atención ginecológica y obstétrica, requiriendo al Estado español que garantizase el acceso universal a servicios accesibles de salud sexual y reproductiva y que integrase el derecho a la salud reproductiva en las estrategias y programas nacionales, en sintonía con la meta 3.7 de los ODS. Por último, mostró recelo por el por la escasa formación dirigida a profesionales, especialmente de los campos educativos, sanitarios y jurídicos, sobre el nuevo modelo social de la discapacidad²⁰.

En lo que a seguimiento se refiere, solicitó al Estado español que presentase sus informes periódicos cuarto y quinto combinados, según el procedimiento simplificado, a más tardar el 2 de enero de 2025, en el que debe incluir información sobre la aplicación de las recomendaciones formuladas en estas observaciones finales²¹.

evidenció la perpetuación del paradigma médico, pues, aunque la decisión correspondía al juez, sólo podía resolver teniendo en cuenta la preceptiva y previa pericial médica.

¹⁵ CRPD/C/ES/CO/2-3.

¹⁶ Ley Orgánica núm.2/2018 para la modificación de la Ley Orgánica núm.5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (aprobada por Real Decreto Legislativo núm.1/2013), cuyo objeto es aumentar el nivel de participación, empleo e inserción social de las personas con discapacidad mediante, entre otras cosas, una mayor oferta de trabajo decente y lucha contra la discriminación. Las enmiendas al texto revisado de la Ley núm.9/2017 de Contratos del Sector Público. La Ley Orgánica núm.13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La Ley Orgánica núm.1/2015, por la que se modifica el Código Penal para adecuarlo a la Convención. La Ley Orgánica núm.1/2017, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones en el jurado del tribunal. La aprobación por el Estado del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020.

¹⁷ CRPD/C/ES/CO/2-3.

¹⁸ CRPD/C/ES/CO/2-3.

¹⁹ CRPD/C/ES/CO/2-3.

²⁰ Señaló expresamente a jueces, profesionales de salud, profesorado, agentes del orden y personal que trabaja con personas con discapacidad.

2.1. Lo que sí se ha hecho

El proceso de adaptación normativa interna a la CDPD comenzó con la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Si bien se han llevado a cabo adaptaciones y modificaciones de especial calado, en este trabajo solo nos ocuparemos de tres reformas especialmente significativas en lo relativo a la toma de decisiones de las mujeres con discapacidad que, además, fueron mencionadas expresamente por el Comité, tanto en las observaciones generales como en las específicas tras la revisión de los informes presentados por España.

Siguiendo un criterio cronológico, la primera es la Ley Orgánica 2/2020 de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (LO2/2020)²². La segunda es la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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 (LAPD), que adapta la normativa interna al art.12 CDPD²³. Por último, nos ocuparemos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LO1/2023), publicada el pasado 1 de marzo²⁴.

2.2.1. La erradicación de las esterilizaciones no consentidas

La LO 2/2020 suprimió el segundo párrafo del art. 156 CP que permitía la esterilización acordada por órgano judicial en supuestos de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Pese a que la LO 2/2020 constituye un logro impulsado desde la sociedad civil de la discapacidad, que ha supuesto la corrección de una anomalía del ordenamiento jurídico que castigaba especialmente a las mujeres con discapacidad (CERMI, 2021), ha sido objeto de controversia doctrinal. De un lado, hay quien considera que la derogación del párrafo segundo del art. 156 CP no era necesaria para dar cumplimiento a la Convención, pues no contravenía el contenido del art. 23 CDPD (García Álvarez, 2021). O quien sostiene que la LO 2/2020 no solo no soluciona los problemas de compatibilidad de la regulación española de la esterilización con el art. 23 CDPD, sino que los agrava, al impedir que la persona con discapacidad, que no puede prestar consentimiento, sea esterilizada (Pantaleón Díaz, 2021). Por el contrario, consideramos que la esterilización, como método anticonceptivo permanente, solo puede enmarcarse en el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, así como en el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, y debe ser realizada con el pleno conocimiento y consentimiento válido de la interesada (Prados García, 2021).

No obstante, nos encontramos ante una reforma inacabada. La propia Ley, en su disposición final tercera contempla la necesidad de adaptación normativa de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y

²¹ CRPD/C/ES/CO/2-3.

²² Ley Orgánica 2/2020 de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020, páginas 115646 a 115649.

²³ Ley 8/2021, de 2 de junio, 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. BOE nº132 de 3 de junio de 2021.

²⁴ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE nº51, de 1 de marzo de 2023.

obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAUP), y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La primera sigue pendiente de reforma, y en tanto no se lleve a cabo y se garantice un consentimiento accesible, libre e informado, no habrá pleno ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad. La segunda ha sido modificada por la LO 1/2023 que reconoce, en línea con diferentes tratados, convenciones y comités internacionales, que el derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte del derecho de todas las mujeres al más alto nivel posible de salud física y mental; de ella que nos ocuparemos más adelante.

2.2.2. La reforma civil en materia de capacidad jurídica

La Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, constituye el proyecto más ambicioso que adapta el Derecho interno al art. 12 CDPD. La LAPD persigue un objetivo central: garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones. Para ello es preciso asegurar el respeto a la voluntad, frente al anterior modelo del mejor interés, que no tiene cabida en la CDPD y debe ser sustituido por el de mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona. De tal forma que el mejor interés de la persona sería: dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Como puede apreciarse, el modelo cambia radicalmente y gira en torno a un principio de actuación básico: la toma de decisiones debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Para ello, se elimina la incapacitación y se otorga preferencia a las medidas de apoyo voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos, que en defecto de medidas voluntarias prefiere las informales (se ha revalorizado la guarda de hecho) y solo en último término las judiciales (curatela y defensor judicial). Y es el art. 249 CC el que recoge los principios informadores del nuevo sistema de provisión de apoyos, siendo considerado por un sector de la doctrina como el “frontispicio de la reforma” (García Rubio y Torres Costas, 2022:208). Este artículo establece como único principio de actuación el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Y este principio conlleva, a su vez, la eliminación del modelo de sustitución en la toma de decisiones. Además, el art. 249 CC establece el procedimiento a seguir por quienes presten apoyo de cualquier tipo para la averiguación de lo que quiere o hubiese querido la persona, en caso de no poder expresarlo de forma comprensible. La Ley deja claro que la persona que presta el apoyo debe hacer un esfuerzo considerable para acceder a la voluntad de la persona con discapacidad. Y, solo en caso de que esto no sea posible, deberá reconstruirse la voluntad atendiendo a su trayectoria vital. De hecho, se insiste desde un sector de la doctrina en la necesaria expulsión del criterio del mejor interés en la prestación de apoyos a personas adultas (García Rubio y Torres Costas, 2022, b).

El art. 250 CC establece que la medida de apoyo puede ir acompañada de las salvaguardas necesarias para que se garantice en todo momento el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En concreto, establece que: “al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida”. Así, conforme a lo establecido en el art. 12 CDPD y de la propia Observación General Primera, la LAPD regula una serie de salvaguardias sobre las medidas de apoyo a lo largo de su articulado que regulan mecanismos de control sobre el desempeño de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Y su objetivo ha de estar dirigido a garantizar el

respeto de los derechos, la voluntad, deseos y preferencias de la persona, al tiempo que proporciona protección contra posibles situaciones de abuso de la persona que presta el apoyo.

En este sentido, consideramos oportuno resaltar la repercusión de la LAPD en las mujeres con discapacidad, especialmente en el ámbito del Derecho de familia: matrimonio, filiación, custodia, visitas o separación. Asimismo, el hecho de que los últimos informes relativos al trabajo de cuidados constaten que éste sigue siendo asumido mayoritariamente por mujeres (Charmes, 2019), lo que nos sugiere preguntarnos por el papel que asumen las mujeres en la prestación de apoyos a las personas con discapacidad²⁵.

2.2.3. Los derechos sexuales y reproductivos, ¿también de las mujeres con discapacidad?

El art. 2 LO 1/2023 define la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo como:

Todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad.

A su vez, entre las formas de violencia existentes en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, reconoce la esterilización²⁶ y la anticoncepción forzosa²⁷, el aborto forzoso²⁸ y la gestación por sustitución. Además, la Ley recoge entre los principios rectores el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, entre los que recoge expresamente el derecho a la libertad, intimidad, salud y autonomía personal en la adopción de decisiones que afectan a la vida sexual y reproductiva, “sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes”. Asimismo, recoge los principios de no discriminación (por motivos de sexo, género o discapacidad) y de accesibilidad (Art. 3 LO 1/2023).

La Ley promueve la responsabilidad de las administraciones públicas para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, especialmente en el ámbito ginecológico y obstétrico, poniendo “el consentimiento informado de la mujer en el centro de todas las actuaciones”.

Sin embargo, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo se remite al consentimiento por representación, de conformidad con lo establecido en la LAUP, que como ya se ha dicho más arriba, continúa sin adaptarse al nuevo modelo de discapacidad diseñado por la CDPD. Además, según esta última ley desfasada, se podrá prescindirse del

²⁵ Para un estudio más profundo sobre el papel protagonista de las mujeres en la protección de las personas con discapacidad y sobre las propias mujeres con discapacidad, se recomienda la lectura de una obra colectiva publicada recientemente (Verdera, 2023).

²⁶ Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la práctica de una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento. Art. 2 LO1/2023.

²⁷ Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la intervención médica por cualquier vía, también medicamentosa, que tenga análogas consecuencias a la esterilización forzosa. Art. 2 LO 1/2023.

²⁸ Forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo que consiste en la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, a excepción de los casos a los que se refiere el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 noviembre. Art. LO 1/2023.

consentimiento expreso cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, “consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (art. 9.2.b LAUP).

Como se acaba de señalar, la LO 1/2023, para el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, se remite específicamente a lo dispuesto en el art. 9.7 LAUP, conforme al cual:

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Sin duda, se puede afirmar que hemos avanzado respecto de la información que se precisa para tomar decisiones, que ahora debe ser facilitada en formatos comprensibles y accesibles. Pero no es, ni mucho menos suficiente; y cabe decir que de nuevo el legislador, ahora en 2023, ha desaprovechado la oportunidad de modificar los artículos relativos al consentimiento informado en el ámbito de la salud.

El propio Preámbulo de la LO 1/2023 reconoce que la reforma de 2015 supuso un retroceso para las mujeres con discapacidad, pues para interrumpir voluntariamente el embarazo debían contar con el consentimiento de sus representantes legales. Lo cierto es que la mencionada LO 1/2023 revierte esta situación para las menores de 16 y 17 años, devolviéndoles su capacidad para decidir, pero no así con las mujeres adultas con discapacidad, que no las menciona expresamente. Sostiene un sector de la doctrina que el cuidado que ha tenido el legislador en despejar todas las dudas respecto al consentimiento libre de las menores de 16 y 17 años, al reconocer expresamente su validez, sin que sea preciso contar con el de su representante legal, no lo ha tenido respecto de las mujeres con discapacidad, a las que ni siquiera alude (Torres Costas, 2023). Esto ocurre también en el art. 13 bis de la LO 2/2010 que prevé que, en caso de discrepancia entre la menor y las personas llamadas a prestar el consentimiento por representación, los conflictos deben resolverse conforme a lo dispuesto en la legislación civil por la autoridad judicial, debiéndose nombrar un defensor judicial, pero no se contempla el conflicto que pueda surgir entre la mujer con discapacidad con medidas representativas y la persona que presta apoyo. No es difícil prever que el silencio del legislador respecto de las mujeres con discapacidad que precisan apoyo en la toma de decisiones puede dar lugar a interpretaciones contrarias a la CDPD y a la LAPD. Sería el caso de la interpretación según la cual este silencio implicaría la posibilidad de que el curador con facultades representativas pudiese prestar consentimiento por la mujer con discapacidad.

Sin embargo, con Torres Costas (2023) consideramos imprescindible una interpretación en sintonía del modelo social de la discapacidad, es decir, orientado a garantizar los apoyos para la toma de decisiones relativas a derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad y a que, de mantenerse, el consentimiento por representación, siempre de modo excepcional, se ajuste a lo dispuesto en el art. 249 CC, y se respete en todo caso la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Además, así se deduce también del art. 31 LO 1/23 que regula la actuación frente al aborto forzoso, así como a la esterilización y anticoncepción forzosas.

En todo caso, las administraciones públicas deben promover programas de salud sexual y reproductiva dirigidos a mujeres con discapacidad, que incluyan medidas de prevención y detección de las formas de violencia reproductiva referidas anteriormente.

2.2.3. Lo que queda por hacer

Se ha tardado más de tres lustros, desde que España ratificara la Convención, en consolidar el enfoque social de la discapacidad que incorpora el tratado internacional. En este proceso, que está siendo largo y complejo, la LAPD constituye hasta ahora la reforma principal en la tarea de adaptación de la legislación civil, al implantar en el derecho interno los dictados de la CDPD. Un cambio que persigue el respeto y garantía del derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, ofreciéndole los apoyos que necesite. Sin embargo, la reforma sigue siendo incompleta en tanto no se garantice el consentimiento libre e informado de las mujeres con discapacidad en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, tal y como viene poniendo de manifiesto el Comité a través de sus recomendaciones. Mientras tanto, preocupan la interpretación que pueda hacerse del silencio del legislador respecto del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres con discapacidad, y la todavía pendiente reforma de la LAUP, que favorece la persistencia del modelo médico-rehabilitador. Un modelo contrario al enfoque de derechos humanos, que afecta a los derechos fundamentales de las mujeres con discapacidad, que hace que de poco o nada sirvan los avances llevados a cabo hasta la fecha. Un modelo que, a mayores, incrementa las posibilidades de discriminación múltiple y discriminación interseccional de las mujeres con discapacidad.

Por todo ello, solo cabe la derogación de leyes, políticas y prácticas discriminatorias que impiden que las mujeres con discapacidad disfruten de todos los derechos consagrados en la CDPD, entre otras, el general reconocimiento del consentimiento por representación previsto en el ámbito de la salud, incluida la sexual y reproductiva. Pero también se requiere del desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso a los apoyos, así como de un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos, los profesionales sanitarios y de la sociedad en general.

Mientras tanto, consideramos que solo caben las interpretaciones acordes al modelo social de la discapacidad, es decir, aquéllas que garanticen el respeto de la voluntad de las mujeres con discapacidad, conforme al sistema de apoyos establecido en la LAPD.

3. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Medina, S. (2017). Una invitación a seguir pensando sobre los derechos humanos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Extra 39, 2017 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Francisco Laporte y Liborio L. Hierro), 41-46. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.esp.05>
- Balza, I. (2011). Crítica feminista de la discapacidad: el monstruo como figura de la vulnerabilidad y exclusión. *Dilemata* año 3, 7, 57-76.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*. Madrid, Fundación CERMI, 2021.

- Charmes, J. (2019). *The Unpaid Care Work and the Labour Market. An analysis of time use data based on the latest World Compilation of Time-use Surveys*. International Labour Organization.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracits Politics. *University of Chicago Legal Forum*, nº1, 139-167.
- García Álvarez, P. (2021). La supresión del segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal, por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, incapacitadas judicialmente. *Revista de Derecho y Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 54, 57-84.
- García Rubio, M.P. (2021). Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 136, 45-62.
- García Rubio, M.P. y Torres Costas, M.E. (2022 a). Art. 249 CC. En García Rubio, M.P. y Moro Almaraz, M.J. (dir.), Varela Castro, I. (coord.): *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (pp.207-219). Thomson Reuters-Civitas.
- García Rubio, M.P. y Torres Costas, M.E. (2022 b). Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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. *ADC*, tomo LXXV, fasc. I (enero-marzo), 279-334. <https://doi.org/10.53054/adc.v75i1.8973>
- Pantaleón Díaz, M. (2021). Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos? *Diario la Ley*, nº9773.
- Prados García, C. (2021). La necesaria erradicación de la esterilización no consentida de mujeres con discapacidad desde el marco de los derechos humanos. *IgualdadES*, año nº3, 5, 371-399. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.03>
- 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*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Torres Costas, M.E. (2023). El consentimiento para la interrupción del embarazo de la mujer con discapacidad. *La Ley. Derecho de familia* (en prensa).
- UN WOMEN (2018). *The empowerment of women and girls with disabilities. Towards Full and Effective Participation and Gender Equality*.
- Verdera Izquierdo, B. (2023). *Mujer, Discapacidad y Derecho*. Tirant lo Blanch: Valencia.