

DERECHOS DE NATURALEZA PERSONAL Y PATRIMONIAL ESPECIALMENTE RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN

Federico Cabello de Alba Jurado

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD. 1. Análisis histórico. 2. Constitución Española. 3. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 4. Concepto de discapacidad, incapacidad y formas de reconocimiento de ambas. 5. Reconocimiento legal de la discapacidad. II. DERECHOS DE NATURALEZA PERSONAL Y PATRIMONIAL ESPECIALMENTE RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN. 1. Derecho a la vida, integridad, libertad y seguridad. 2. Derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad. 3. Derecho a la privacidad y familia. 4. Derecho al hogar y la familia. 5. Derecho a la libertad de opinión y de expresión y al acceso a la información.

I. INTRODUCCIÓN, CONCEPTO Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

1. *Análisis histórico*

Al abordar desde un punto de vista jurídico el concepto de discapacidad se impone analizar la propia concepción social de la discapacidad, pues como sucede con todas las instituciones jurídicas, las normativas legales sólo se entienden y explican como plasmación de ese punto de vista social, son reflejo de una demanda social que el derecho positivo acaba asumiendo.

Hay que partir de un *primer momento histórico* en el que la discapacidad fue considerada y tratada socialmente como un *motivo de exclusión social*. Se entendía que las personas afectadas de alguna discapacidad eran inhábiles en cuanto no se entendían capaces de satisfacer ninguna necesidad social. Desde esta perspectiva no era extraño que, a priori, quedaran excluidas del mercado laboral.

Con *posterioridad* se asumió una posición que podríamos calificar de “*rehabilitadora*”. Supuso un avance en cuanto las personas afectadas de discapacidad ya no se consideraban inhábiles o innecesarias, pero sólo en cuanto y en la medida en que fueran “*normalizadas*”, rehabilitadas física, síquica o sensorialmente.

Los principales beneficios que en este marco recibían las personas con discapacidad derivaban de servicios sociales en ámbitos separados del resto de la población, producto de una visión *meramente caritativa o asistencial*. Una cuestión “sanitaria” que aunque superó la situación anterior, concibe a las personas con discapacidad más *como objeto que como sujeto* de derecho. Desde este punto de vista, los inconvenientes que en su desarrollo humano y profesional encuentran las personas con discapacidad se entiende derivan de su *inadecuación social*, su superación supone un *coste social* y en el marco de programas o dispositivos de “buena fe” o “buena voluntad”.

En un *tercer momento*, se parte, por el contrario, de que los inconvenientes en el desarrollo humano y profesional que encuentran

estas personas no derivan de su inadecuación, sino de lo *inadecuado de los modelos sociales asumidos* anteriormente, ya sea desde el punto de vista jurídico, arquitectónico, laboral, educativo o en cualquier otro ámbito de su actividad.

Como consecuencia de la asunción de esta postura, es necesario concluir que *el contenido de los derechos y deberes que deben predicarse de todas las personas –con discapacidad o no– son los mismos*. Que su condición de personas o sujetos de derecho se predica en régimen de igualdad con cualquier otra persona, que *son plenamente capaces para su inclusión social y pueden aportar a la sociedad, en ejercicio de su dignidad, igualdad, libertad y responsabilidad, lo mismo que los demás*. Deriva de todo ello que en el tratamiento jurídico, laboral o de cualquier otro orden, los ajustes sociales que han de asumirse lo han de ser como una cuestión de derechos humanos, que las limitaciones específicas que se encuentran son principalmente sociales y, finalmente, que el tratamiento de estas personas ha de tender a potenciar su autonomía y plena integración, *asumiendo políticas no ya de sustitución sino de apoyo*.

Lógicamente, dicha evolución se ha plasmado, jurídicamente hablando, en numerosas normas legales que han obedecido, en cada momento, a dicha realidad y valoración social. No podemos detenernos en el análisis de todas ellas, pero entiendo que es necesario hacer, siquiera un bosquejo, de las que, a día de hoy, vienen a delimitar, como normas de primer rango, los principios inspiradores de la regulación de esta materia.

2. Constitución Española

La Constitución española de 1978 fue una de las primeros textos constitucionales que dedico un precepto específico al tratamiento de las personas con discapacidad. Se trata del artículo 49, que dispone:

«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

Como hemos dicho, dicho precepto supuso un claro avance, elevado a rango constitucional y, por tanto, inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico, y que ha de complementarse con otros preceptos de la misma Constitución.

Por ejemplo, el artículo 9.2, cuando dispone: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El artículo 10.1, que recoge como Derechos y Deberes fundamentales “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

El artículo 14, cuando establece “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A pesar de la innovación que supuso el artículo 49, aun subyacen en su texto rastros de una concepción “rehabilitadora” en el sentido a que antes hemos referencia. Evidentemente dicha concepción ha sido superada, no sólo en la concepción social, sino también en nuestro ordenamiento y, como expresión clara de ello, no podemos dejar de hacer referencia, a título meramente ejemplificador, y dentro del amplio cuerpo de Convenios Internacionales sobre la materia, de la novedad que ha supuesto la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**.

3. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El 13 de diciembre de 2006 se ha aprobado la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Supone la primera Convención sobre derechos humanos aprobada en este siglo y ha resultado de la interacción de los diferentes grupos e instancias interesadas en este tema: No sólo Estados miembros de la ONU, sino también Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

En una primera aproximación, la Convención viene a suponer la culminación de una evolución clara en la consideración social y jurídica de la discapacidad. Asume principios básicos y novedosos, al menos en su tratamiento y reconocimiento legislativo, que venían siendo demandados hace tiempo por amplios sectores sociales, médicos, educativos o jurídicos.

Sus principios fundamentales vienen a ser proclamados por el artículo 3 de la Convención:

- «a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad».

Queda proscrita la “*discriminación por motivos de discapacidad*” entendiéndose por tal cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Art. 2).

Los ajustes razonables son, según la Convención, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (Art. 2).

Deja claro que *la discapacidad es una cuestión de derechos humanos*. Que las personas con discapacidad *no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos*. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Como desarrollo y concreción del principio sentado por el artículo 3, el **artículo 12** dispone:

- «1. Los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

La convención ha supuesto, por tanto, un avance importante, en cuanto supera definitivamente esa visión “rehabilitadora” y consagra definitivamente el principio de igualdad que ha de inspirar nuestro ordenamiento, y, lo que puede considerarse aun más importante: con el rango que ostenta un Convenio de aplicabilidad internacional, consagra el principio fundamental de SUPERIOR PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, imponiendo no sólo la adecuación del derecho positivo preexistente, sino una interpretación y aplicación conforme a dicho principio.

4. *Concepto de discapacidad, incapacidad y formas de reconocimiento de ambas*

Para la Organización Mundial de la Salud, la *discapacidad* es “toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.

De esta primera aproximación resulta claro que como punto de partida hay que deslindar claramente varios conceptos:

En primer lugar, el concepto de *capacidad*, del que caben dos acepciones desde el punto de vista jurídico.

- (1) La **capacidad jurídica**, o el hecho de ser susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. En los ordenamientos actuales se vincula de manera universal, incondicional e inmutable de todo ser humano. Todo ser humano, por el hecho de serlo, de ostentar personalidad jurídica, es titular de derechos y obligaciones, y en ningún caso, puede ser privado de ella. A priori, así entendida, la capacidad jurídica se predica en los mismos términos de cualquier persona, adolezca o no de discapacidad física, sensorial o psíquica.
- (2) La **capacidad de obrar**, definida como la posibilidad de realizar actos a los que la ley atribuye eficacia y trascendencia jurídica. Aquí si encontramos matices en cuanto que, con una finalidad tuitiva, y atendiendo a las circunstancias singulares de cada persona, siempre y cuando medie una resolución judicial que así lo disponga, puede ser objeto de restricción. Ya hemos abordado el estudio de la incapacitación, sus presupuestos, procedimiento judicial que la declara y efectos. Sólo queda dejar claro que la discapacidad y la incapacitación no son instituciones necesariamente vinculadas. Lo más frecuente es que las personas incapacitadas en virtud de la correspondiente declaración judicial estén afectadas por una discapacidad, causa y motivo de aquella, pero no puede afir-

marse lo contrario. Una persona que adolezca de algún tipo de discapacidad no necesariamente ha de verse privada de su capacidad de obrar. Es más, con arreglo a los principios de nuestro ordenamiento, el criterio debe ser el contrario, la plena capacidad ha de predicarse con igualdad y siempre que no recaiga la resolución judicial pertinente, de las personas con discapacidad.

Es preciso tener en cuenta este matiz en cuanto que en el estudio de la trascendencia jurídica de la discapacidad nos encontraremos con disposiciones que son de aplicación a personas con discapacidad, otras de aplicación a personas incapacitadas y otras que, aunque no requieran ni una ni otra, presten cobertura jurídica a las personas con discapacidad.

5. Reconocimiento legal de la discapacidad

Visto lo anterior, y *en cuanto la discapacidad se configura como una situación de hecho, pero con trascendencia jurídica*, es preciso que existan unos mecanismos de reconocimiento y valoración del grado de discapacidad. Por el contrario a la declaración de incapacidad que, como vimos, es competencia exclusiva del ámbito judicial, el reconocimiento y valoración de la discapacidad reside en sede administrativa, en concreto, en los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

La normativa básica en esta materia en el ámbito estatal es la siguiente:

- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio).
- Ley de Integración Social de los Minusválidos (Ley 13/1982 de 7 de Abril).
- Real Decreto 1971/1999 de 23 de Diciembre de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del

- grado de minusvalía y sus modificaciones posteriores (Real Decreto 1169/2003).
- Real Decreto 290/2004 de 20 de Febrero, por el que se regulan los *enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad*.
 - Real Decreto 1226/2005 de 13 de Octubre por el que se establece la estructura orgánica y funciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).
 - Real Decreto 1414/2006 de 1 de Diciembre, por el que se determina la *consideración de persona con discapacidad* a los efectos de la Ley 51/2003 de 2 de Diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
 - Orden de 12 de Junio de 2001 sobre creación, composición y funciones de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía.

Fue la **ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, la primera que brindó un concepto de las personas con discapacidad al disponer en su artículo 1 que “...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento...”, lo que nos da idea de lo estrechamente vinculada que desde un principio está la consideración legal de la persona con discapacidad y su reconocimiento por instancias administrativas.

La Ley 39/2006 de 14 de Diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia estipula que *la valoración del grado y nivel de dependencia* se determinará no ya por el baremo del Real Decreto 1971/1999, sino por un *nuevo y único baremo para todo el territorio del Estado*. Dicho instrumento se prevé sea acordado en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. A pesar de ello, la propia ley dispone en su Disposi-

ción adicional novena que “quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999 de 23 de Diciembre, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley”. Además, impone un avance terminológico claro en su Disposición adicional octava al disponer que todas las referencias que en los textos normativos se hagan a “minusválidos” o “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”.

El ejercicio de las funciones en materia de grado de discapacidad y minusvalía es competencia de los órganos gestores correspondientes de las Comunidades Autónomas correspondiente a la residencia del solicitante y de las Direcciones Generales del IMSERSO en el ámbito de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (artículo 28 Ley dependencia). Tal competencia se concreta en:

- Valorar las situaciones de dependencia, determinación y reconocimiento de su grado y procedimientos de revisión.
- Reconocimiento de la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos de la vida diaria, así como de la dificultad de utilizar transportes públicos colectivos, prestaciones o beneficios públicos.
- Realizar funciones de diagnóstico, valoración y orientación que puedan atribuírseles conforme a la legislación vigente.

Las diferentes Comunidades Autónomas, dentro de este marco, han regulado el procedimiento de valoración con criterios similares en base al siguiente esquema:

- 1. Solicitud de valoración a través de los servicios sociales de base** (ayuntamientos)
- 2. Aplicación del baremo en el domicilio habitual** a través de los servicios sociales de base y equipos de valoración domiciliaria

3. **Propuestas de valoración** a través de los servicios sociales de base y equipos de valoración domiciliaria
4. **Resolución de valoración** (consejería de la CA)
5. **Propuesta de Plan Individual de Atención** por los servicios sociales de base y
6. **Resolución del Plan Individual de Atención** (consejería de la CA).

Además, dicha valoración y reconocimiento comprenderá, al objeto de adecuar las ayudas y el Programa individual de Atención, el *grado de dependencia que corresponde a la persona, que con arreglo al artículo 26 de la ley podrá ser:*

- (1) **Grado I. Dependencia moderada:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- (2) **Grado II. Dependencia severa:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- (3) **Grado III. Gran dependencia:** cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Dentro de cada categoría se clasifican dos niveles en función de la autonomía personal y la intensidad del cuidado que la persona dependiente requiera. El artículo 27 es el que se encarga de la determinación de los baremos de valoración y los órganos que se encargan de ello, competencia que recae en las comunidades autónomas.

II. DERECHOS DE NATURALEZA PERSONAL Y PATRIMONIAL ESPECIALMENTE RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN

Con arreglo a los principios que consagra la Convención y como consecuencia de ellos, se enumeran en su articulado un amplio elenco de derechos que no suponen más que una aplicación *del principio general de igualdad*, en cuanto se trata de derechos ya reconocidos universalmente, respecto de todas las personas y ciudadanos. Desde este punto de vista, el objeto primordial de la Convención es abordar las especialidades que en su aplicación y reconocimiento se pueden observar con relación a las personas con discapacidad.

Son principios y derechos de carácter transversal, y quiero decir con ello que entre los mismos, y sin perjuicio de su reconocimiento más o menos sistemático, se da una clara implicación que en ocasiones dificulta su análisis aislado.

Advertido lo anterior, abordamos a continuación y con arreglo al programa de estas jornadas los derechos que hoy procede analizar para extraer las consideraciones oportunas sobre los diferentes ámbitos del ordenamiento español que ofrecen alguna discrepancia, algún roce, en su análisis comparativo con la convención.

1. Derecho a la vida, integridad, libertad y seguridad

Un pilar importante en la Convención está conformado por un grupo de disposiciones que tienen como principal objetivo garantizar un nivel de protección específico de las personas con discapacidad, partiendo de la premisa de que en tales situaciones existe una situación de mayor vulnerabilidad o riesgo. Desde una perspectiva metodológica, podríamos agrupar dichas normas en cuatro ámbitos diferentes:

1. 1. Derecho a la vida

A pesar de que hoy día el derecho a la vida tiene, al menos en derecho internacional, una vigencia universal, y constituye un derecho básico sin el cual no es posible la realización de los otros, la Convención entiende necesario hacer una mención expresa del mismo.

Así el artículo 10 dispone que “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

El mayor impulso de esta referencia vino dado por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, quienes aducen, que pese a la vigencia e importancia del derecho a la vida, en ocasiones el hecho de adolecer de una discapacidad es utilizado para negar este derecho, o al menos, a no considerarlo del mismo modo, que si la persona en cuestión no tuviera una discapacidad.

Asimismo, esta referencia, cobra gran importancia con relación a las sociedades o culturas donde la discapacidad es aún vista como un castigo divino y, por ende, su sacrificio, se encuentra justificado, o respecto de aquellos países cuya legislación permite por ejemplo el aborto cuando se comprueba que el niño o la niña nacerá con una discapacidad, pero no permite el aborto en el resto de las situaciones.

Desde esta perspectiva, legislaciones como la española, que en la redacción actual del Código Penal establece en su artículo 147 que “No será punible el aborto cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o síquicas”, suponen una clara contradicción con los principios que inspiran la Convención. Independientemente de la posición que se asuma con relación a esta institución, su vinculación a supuestos en que el no nacido adolezca de una discapacidad física o síquica atenta claramente con el principio de igualdad.

Por el hecho de que la convención no explicita la exclusión del aborto por motivos eugenésicos, estados como el Vaticano, a pesar de reconocer la enorme importancia y el avance que supone la Convención, ya anunciaron su negativa a ratificarla. Entienden que ello supone que “la vida de las personas con discapacidad ha sido subestimada o se ha pensado que tenía menos dignidad y valor”.

1. 2. Derecho a la Integridad y Seguridad

En una primera aproximación, podría parecer obvio que, como antes mencionamos, derechos reconocidos universalmente sean objeto de desarrollo específico por la Convención. Este hecho se justifica claramente por la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad. Hemos de pensar, además, que si ello es así en sociedades dotadas de una legislación comparativamente avanzada como la nuestra, aun más justificación tiene en cuanto la Convención tiene vocación de ser aplicada mundialmente.

De modo explícito, el **Artículo 17** consagra la *Protección de la integridad personal* al disponer: «Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.»

Consecuentemente con lo anterior, el **Artículo 11** se encarga de reconocer la especial protección *ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias*, del todo lógica en cuanto en estas situaciones las personas con discapacidad son especialmente vulnerables, lo que exige la adopción de medidas específicas que garanticen la igualdad. Así, la Convención establece que:

«Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las

personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales».

En general, nuestro ordenamiento, adolece de una falta de previsión en estas materias si se abordan desde el punto de vista de la discapacidad, de modo que la principal crítica que cabe hacer es que no hay una regulación específica, no se abordan las especialidades que la mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad pueden tener en estas situaciones.

Así sucede, por ejemplo, en la Ley Orgánica 4/1981 de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en el Plan Básico de Emergencia Nuclear, aprobado por Real Decreto 1546/2004, o las Directrices Básicas de Planificación de Protección ante riesgos de Inundaciones, de riesgo Sísmico, de riesgo Volcánico o de riesgo por causa de Incendios Forestales.

La protección *contra la explotación, la violencia y el abuso*, así como *contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, se consagra en los **artículos 15 y 16**, en los que se dispone:

- «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el *seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género*.
2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad».

La falta de autonomía personal que caracteriza la situación de muchas personas con discapacidad respecto de familiares o de instituciones, contribuye a que dichas personas se encuentren ante una mayor factibilidad de ser objeto de situaciones de *explotación, violencia o abusos*. Dichas situaciones suelen ocurrir tanto en *establecimientos institucionales como en el propio hogar*. Por ello, la Convención dedica especial atención al establecimiento de medidas para prevenir, o cesar las situaciones de explotación, violencia o abuso. Finalmente, se impone a los Estados la adopción de medidas relativas a la *recuperación, rehabilitación y reinserción de la persona con discapacidad que ha sido víctima de algún tipo de abuso*.

En cuanto a *la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, las personas con discapacidad requieren de una protección especial contra la tortura, así como contra otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. *La importancia de este derecho no solo radica en el reconocimiento de una prohibición que, en virtud del derecho internacional es considerada como un crimen internacional, sino además, en el reconocimiento de situaciones en la cuales, la falta de previsión en las necesidades específicas de las personas con discapacidad,*

pueden situarlas ante un trato inhumano o degradante. Pensemos, por ejemplo, en las situaciones de detención, en la cuales no se le permite a la personas con discapacidad de disponer de una silla de ruedas, o de un dispositivo necesario para su comunicación. Particularmente, la norma se hace eco de las posibles situaciones tortuosas o degradantes de las personas con discapacidad en el ámbito médico o científico. Así, dispone la convención:

- «1.Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

Aunque en una sociedad como la nuestra parezcan a primera vista superadas las situaciones a que hemos hecho referencia, es necesario tomar en consideración diferentes ámbitos en los que las personas con discapacidad, por su especial vulnerabilidad tantas veces mencionada, pueden ser fácilmente objeto de estos comportamientos. Ello requiere plantear adaptaciones no sólo desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista práctico.

Por ejemplo, en el *ámbito penitenciario*, donde tanto **la Ley General orgánica Penitenciaria** (LO 1/79 de 26 de Septiembre) como el **Reglamento Penitenciario** (Real Decreto 190/1996 de 9 de Febrero) deberían establecer con carácter general modelos de adaptación específica para la aplicación de penas de privación de libertad para personas con discapacidad y establecer un mandato legal específico sobre un adecuado tratamiento de la población reclusa con discapacidad síquica. De todos es conocida la situación de carencia de los hospitales psiquiátricos y la práctica ausencia de módulos o centros específicos para el internamiento de reclusos

que, aun carentes de patologías siquiátricas, adolezcan de discapacidad síquica.

Un ámbito específico en el que falta un tratamiento adecuado de la discapacidad es en el *funcionamiento y régimen de los centros de internamiento de extranjeros* (Orden de 22 de febrero de 1999), que no prevé establecimientos de **condiciones específicas** ni la revisión de la *situación irregular de inmigrantes por razones humanitarias derivadas de la discapacidad*.

También en la *Ley 36/2006 de Dependencia*, por ejemplo, debería establecerse en el régimen sancionador de *asistentes personales y cuidadores informales*, caso de que se den estas situaciones, la posibilidad de *inhabilitación* para volver a ejercer esta actividad en caso de infracciones muy graves eliminando cualquier nota de discrecionalidad en su aplicación.

1. 3. Derecho a la Libertad y Autonomía Personal

Otro pilar esencial para los derechos de las personas con discapacidad está constituido por un conjunto de derechos y medidas tendentes a garantizar la libertad y la autonomía personal de las personas con discapacidad, que *en muchos casos requieren de la adopción de medidas activas por parte del Estado y de la sociedad*. Es decir, que mientras *tradicionalmente la regulación del derecho a la libertad estaba vista en términos de pasividad*, es decir en una abstención estatal, a través del prisma del principio de igualdad y no discriminación se proyecta *más bien en términos activos*, es decir, en un necesario papel activo del Estado que debe adoptar medidas, los *ajustes necesarios* en la terminología de la Convención, que permitan el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones de los demás.

Artículo 14. Libertad y seguridad de la persona.

Como se ha mencionado anteriormente, si no se garantiza un entorno accesible o se adoptan ajustes razonables, la libertad y la

seguridad de las personas con discapacidad puede verse muy frecuentemente comprometida. Así, *las personas con discapacidad muy a menudo se ven forzadas a vivir en residencias o instituciones estatales sin que por lo general se reflexione sobre el modo en que ello afecta o puede afectar a la libertad de la persona, o si dicho internamiento se ha producido en condiciones de verdadera libertad de elección*. Asimismo, este derecho impone que en situaciones de privación legítima de la libertad de una persona con discapacidad, se tenga en cuenta sus necesidades particulares.

«1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona.
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables».

Artículo 18. Libertad de desplazamiento y nacionalidad.

En el marco de las medidas tendentes a garantizar la libertad personal, la Convención impone a los Estados Partes el reconocimiento, en igualdad de condiciones, del derecho de las personas con discapacidad a la *libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad*. Para ello solicita que las personas con discapacidad:

- «a) Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad.

- b) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento.
- c) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio.
- d) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país».

Conectan directamente con esta temática cuestiones en las que es necesario *sopesar y valorar el necesario equilibrio que ha de darse entre valores jurídicos como la seguridad y la libertad*, que entroncan claramente con el tratamiento de la discapacidad y la línea divisoria, no en todos los casos claras y siempre llena de matices que se da entre la incapacitación y la discapacidad.

Así sucede, por ejemplo, con las previsiones que en nuestro ordenamiento se hacen al *internamiento en instituciones especializadas* en el tratamiento de determinados tipos de discapacidad. Esta materia es tratada principalmente por nuestro ordenamiento en el **artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil**, en el que la doctrina generalmente reconoce que *se respetan y asumen los límites y requisitos que para la adopción de esta medida de privación de libertad establece tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*:

- (1) Previa autorización judicial o inmediata caso de urgente adopción de la medida.
- (2) Práctica de un mínimo de diligencias de prueba, en concreto: examen de la persona y audiencia de un facultativo designado al efecto y
- (3) Nunca debe establecerse con carácter definitivo, estableciéndose un plazo de seis meses para revisar la medida.

Aunque no se establece de modo expreso, dada la ubicación sistemática de este precepto, entiendo que queda claro que es una medida *limitada a los supuestos de incapacitación judicial*. No obstante, a pesar de que se establece la revisión periódica, quizá sea *criticable el hecho de que no se regule claramente que existan personas* –aparte de los facultativos que lo atiendan– que puedan solicitar la revisión de esta medida. Del artículo 761 y su conexión con el 757.1 puede mantenerse que lo están el cónyuge o quien esté en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos. *Quizá debería haberse ampliado el círculo de personas legitimadas, pues, en ocasiones, los mismos parientes pueden ser los interesados en la prolongación inusual de esa medida*.

Otra materia claramente relacionada con lo anterior sería la del *tratamiento ambulatorio involuntario*. De todos es conocida la situación de personas con discapacidad síquica o enfermedades mentales transitorias que remiten durante el internamiento o se agudizan en cuanto abandonan el centro y abandonan el tratamiento adecuado a su dolencia. De momento, *no se cuenta con una previsión legal específica, aunque podría sostenerse que quien “puede lo más, puede lo menos”* y que la autoridad judicial podría adoptar tal medida con carácter coactivo. La *Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos mentales* propuso su tratamiento incorporándolo al artículo mencionado de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el texto siguiente:

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

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

El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses».

2. *Derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad*

Presupuesto necesario para que las personas con discapacidad puedan disfrutar de la *autonomía personal y libertad* que consagra la convención es que puedan *vivir de forma independiente* mediante su inclusión social desde un punto de vista amplio, comprendiendo tanto la *accesibilidad física* como a los *medios de formación*, a los *medios de comunicación*, que después analizaremos, como igualmente la *eliminación de barreras y obstáculos* que *impidan su movilidad personal*.

Así, el **artículo 19** de la convención se encarga de establecer que:

- «a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir, en igualdad de condiciones con los demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo a la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

Obviamente, la *movilidad personal* se considera requisito indispensable para esa independencia e inclusión social, por lo que no podía ser de otro modo que también sea recogida por el articulado de la convención. La Convención, en su **artículo 20**, impone a los Estados Parte:

- «a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;
- b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;
- c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad;
- d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas a la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad».

Ya hemos visto en cuanto a la libertad de elegir su lugar de residencia las limitaciones que pueden surgir del internamiento involuntario, por lo que aquí procede que analicemos otras cuestiones.

La asunción por nuestro ordenamiento del principio de favorecer la vida independiente y autónoma de las personas con discapacidad parece clara *en Leyes como la 39/2006 de promoción de la autonomía personal*, que en su **artículo 3** consagra como principios de la ley “la promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible”, y “la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en que desarrollan su vida”. Aunque en su aplicación práctica y en la percepción ciudadana no se percibe este tema como prioritario y se hace más énfasis en las ayudas de carácter económico, no cabe duda de que la prioridad en la aplicación de la ley han de ser esas, la ubicación de las personas con discapacidad en el entorno vital que le ha sido y es más próximo y priorizar evitar cambios de residencia salvo que la asistencia no pueda garantizarse de otro modo.

Clara vinculación con esta materia tienen las disposiciones relativas a facilitar la movilidad de personas con discapacidad en el

ámbito del *tráfico rodado* y en el entorno doméstico, materias que son objeto de regulación específica en nuestro ordenamiento.

En el ámbito del *tráfico rodado* se viene demandando un régimen sancionador más agravado en la materia relativa a las *plazas de aparcamiento* reservadas a personas con discapacidad, en cuanto la infracción afecta también al ejercicio de un derecho fundamental, el de la movilidad de estas personas. En la actualidad se encuentra en trámite una proposición de ley (**Proposición de ley sobre garantía de los derechos y mejora de la inclusión social de las personas con discapacidad y sus familias**) que propugna añadir al cuadro general de infracciones de la Ley sobre tráfico, circulación, vehículos a motor y seguridad vial (Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo) lo siguiente:

«Son infracciones graves las conductas tipificadas en esta ley referidas a: r) Paradas y estacionamientos en zonas señalizadas para uso exclusivo de personas con discapacidad».

Y tipificar, además, como infracción que lleva aparejada la pérdida de puntos en el Permiso de Circulación “Parar o estacionar en zonas señalizadas para uso exclusivo de personas con discapacidad”.

En el *ámbito doméstico* tenemos que detenernos en el análisis de las disposiciones sobre la materia establecidas en la **Ley de Propiedad Horizontal** de 21 de julio de 1960, que con la intención de facilitar la realización de obras que hagan posible dicha accesibilidad dispone en su artículo 17.1 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación”.

La misma ley, en sus artículos 10 y 11 dispone que “Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda

vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes” y que “Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.”

Por su parte, la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 24 establece “El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan... El arrendatario estará obligado al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior si así lo exige el arrendador.”

En mi opinión, la solución dada por el legislador a la realización de estas obras guarda un equilibrio entre los intereses en juego, aunque no hay que olvidar que, tratando de una materia desarrollo de un derecho humano, la eliminación de estas barreras arquitectónicas debería facilitarse de modo que supongan un *coste asequible*, para lo que deberían arbitrarse las correspondientes medidas. Algo análogo cabe pensar de la previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos en el supuesto de que el arrendatario deba reponer la vivienda a su estado primitivo. También la norma quedaría claramente mejorada si se *ampliase la legitimación* para solicitar la realización de esas obras, de modo que no sólo pudiera hacerlo el propietario.

En este sentido cabe destacar la *proposición de ley* antes mencionada que propugna la modificación de la Ley de Propiedad Ho-

rizontal *ampliando el tope de su coste a seis mensualidades*. Propone, además, una *modificación de la Ley de Integración social de los minusválidos* (Ley 13/1982 de 7 de abril) para que en los *proyectos de viviendas de protección oficial y viviendas sociales se programe un mínimo de un 6% con las características constructivas adecuadas para garantizar el acceso y el desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad*. A mi entender, aunque suponga un avance, es una meta bastante limitada, cuando estas adaptaciones claramente deberían alcanzar a todas las viviendas que se construyeran, sobre todo si tenemos en cuenta que los principios inspiradores de la Convención.

Para acabar con esta materia, hacer referencia a la modificación que esta misma iniciativa legislativa propone mediante la modificación de la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LION-DAU) imponiendo las denominadas *auditorías de accesibilidad*: “Los proyectos de obras e infraestructuras que promueva o financie en todo o en parte la Administración General del Estado y sus organismos y entidades dependientes vendrán precedidos de una auditoría previa de accesibilidad universal, con el fin de comprobar anticipadamente que se cumplan todas las condiciones de accesibilidad establecidas en la presente ley, en sus desarrollos reglamentarios y en el resto del ordenamiento jurídico”.

3. *Derecho a la privacidad y familia*

Según el **artículo 22** de la Convención, *ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, deberá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación*. A dichos efectos, las personas con discapacidad deberán tener derecho a ser protegidas legalmente frente a dichas injerencias o agresiones.

Más adelante, la norma establece disposiciones específicas para garantizar la privacidad de las personas con discapacidad.

«1. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás».

Nuestro **Código Penal**, en el mismo marco de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, establece una *agravante* con arreglo al **artículo 175** cuando la víctima sea un *menor o incapaz*. Según el **artículo 25** del mismo cuerpo legal “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.” En mi opinión, aunque no exija previa incapacitación judicial, el precepto debería adecuar la mención de incapaz o sustituirla por la más amplia de persona con discapacidad, pues de lo contrario podría dejar fuera de su ámbito a personas que, pudiendo gobernarse por sí mismas, adolezcan de algún tipo de discapacidad.

Como manifestación del respeto a la privacidad de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad, el **artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento civil** prevé que en tales procesos los tribunales puedan decidir mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, *que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen*. No obstante, tales resoluciones y sentencias se inscriben *íntegramente en el registro civil y del mismo modo se exhiben ante los distintos organismos públicos y privados*, por lo que sería aconsejable posibilitar que el juez que dicte una sentencia en este campo pudiera librar un *testimonio abreviado* de la misma en el que se omitan aquellos extremos que puedan afectar al derecho a la intimidad de las personas a que se refiere la sentencia.

De manera loable, y guardando relación con este tema, la **Ley Orgánica de protección al honor, la intimidad y la imagen**, permite a las personas incapacitadas ejercer tales derechos si tienen la suficiente “*capacidad natural*”, por lo que el ejercicio de sus derechos fundamentales sólo se hace depender de esa capacidad natural y no del contenido de una resolución de modificación de la capacidad.

4. Derecho al hogar y la familia

En primer lugar, el **artículo 23** de la Convención impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la *discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales*, así como para lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás.

Dichas medidas deberán asegurar que:

- «a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
- c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás».

Más adelante, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a ejercer, en igualdad de condiciones, sus derechos y

obligaciones relativos a la custodia, tutela, guarda, o adopción de niños o instituciones similares, garantizando en dichos casos, la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Finalmente, la norma recoge importantes disposiciones relativas a la protección de los niños y niñas con discapacidad:

- «3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.
4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.
5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar».

Nos encontramos en relación con estos derechos, con una de las *materias de más difícil tratamiento y en las que resulta más complicado llegar al necesario equilibrio entre las funciones tuitivas que han de establecerse con relación a determinados tipos de discapacidad y el también necesario respeto a la libertad, identidad y autonomía de estas personas.*

Temas como el derecho a contraer matrimonio, el ejercicio de la patria potestad o su privación, la esterilización o la toma de de-

cisiones en relación a la paternidad y maternidad, por su propia naturaleza, son esquivas en cuanto a la adopción de posturas apriorísticas y que puedan servir para dar respuesta a la enorme variedad de situaciones que se dan en torno a la discapacidad.

En cuanto a la *capacidad para contraer matrimonio*, conforme al artículo 56 del Código Civil, en conexión con la Ley de Registro Civil y su Reglamento, no parecen ser exigibles cambios a la vista de la Convención en cuanto se respetan las garantías básicas de requerir una resolución judicial previa con una prueba pericial mínima de carácter médico.

Por lo que se refiere a la *esterilización*, la convención es clara en cuanto lo liga a la *igualdad y no discriminación* con relación a las personas no afectadas de discapacidad. La adopción de esta medida debe vincularse a los supuestos de *deficiencia síquica grave* que impida a la persona asumir, por un lado, *las consecuencias de la paternidad y maternidad y, por otro, discernir adecuadamente sobre el empleo de medidas anticonceptivas*. No parece que nuestra legislación conculque dichas limitaciones en tanto tal medida se adopte con la autorización de un órgano judicial y esté justificada en orden a la protección de los intereses superiores de la propia persona afectada, como ocurre cuando lo que se persigue es que ésta pueda ejercer libremente su sexualidad. Así, el artículo **156 del Código Penal** establece que “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. No establece este precepto bajo qué condiciones pueda entenderse que la esterilización redunda en beneficio de la persona afectada y, por tanto, está justificada, pero dado el enorme casuismo que puede darse en esta materia, sería muy difícil, como veíamos al principio, adoptar criterios apriorísticos.

Una última cuestión a analizar sería la relativa al *ejercicio de la patria potestad* por personas con discapacidad. En los supuestos en que fuera necesario, *debería arbitrarse en nuestro ordenamiento la posibilidad, previa resolución judicial y teniendo en cuenta los intereses en juego, del establecimiento de una institución de apoyo* a tales personas en el ejercicio de la misma. Por ejemplo, la curatela o institución similar, con alcance no meramente patrimonial sino también personal de modo análogo a lo dispuesto para su ejercicio por menores no emancipados conforma al **artículo 157 del Código civil** cuando dispone que “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez.”

5. Derecho a la libertad de opinión y de expresión y al acceso a la información

Como punto de partida, el **artículo 21** consagra la *garantía de acceso a la información de las personas con discapacidad*, que resulta esencial para que las mismas puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión. Ello implica por tanto, la *libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones, mediante cualquier forma de comunicación que elijan*. Por ello la Convención enumera una serie de medidas a adoptar por parte de los Estados, que incluyen:

- «a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;
- b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;

- c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso;
- d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;
- e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas».

En este ámbito tiene especial trascendencia, además de lo visto, el **artículo 9. 2 g) de la Convención**, que establece la obligación de los estados de “promover el acceso a las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet”.

El **Real Decreto 1494/2007 de 12 de Noviembre**, *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social*, que regula diferentes aspectos, como:

- 1. Telefonía móvil:** exige a los *operadores* garantizar el acceso a las personas con discapacidad a los servicios de atención al cliente, así como a los contenidos de contratos, facturas y demás información a suministrar a los abonados.

Se exige al *gobierno*, a través del Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas promover que exista una oferta suficiente y actualizada de terminales de telefonía adaptados a los diferentes tipos de discapacidad, con facilidades como: a) *Marcación vocal y gestión por voz* de las principales funciones; b) *Información mediante voz* de las diferentes opciones de pantalla; c) *generación de voz para facilitar la accesibilidad a los SMS*; d) *conectores exteriores* para auriculares, amplificadores y demás medios externos que puedan facilitar el uso por personas con discapacidad; e) Pantallas de alto contraste para personas con discapacidad visual.

2. **Páginas de Internet:** La accesibilidad se impone a las *páginas de Internet de las administraciones públicas o sostenidas con fondos públicos*, aunque no se determina ninguna obligación respecto de otras páginas y recursos. No obstante, su **artículo 6** *obliga a las administraciones públicas a promover “medidas de sensibilización, divulgación, educación y, en especial, formación en terreno de accesibilidad, con objeto de lograr que titulares de otras páginas de Internet incorporen progresivamente en la medida de lo posible los criterios de accesibilidad, sobre todo en aquellas cuyo contenido se refiera a bienes y servicios a disposición del público y, prioritariamente, las de contenido educativo, sanitario y de servicios sociales.*
3. **Equipos informáticos y programas de ordenador:** *Los equipos informáticos y programas de ordenador utilizados por las administraciones públicas deben ser accesibles.* En relación con los restantes establece obligaciones de promoción. Respecto de la firma electrónica se establece la obligación de accesibilidad de los servicios, procesos, procedimientos y dispositivos de firma electrónica.
4. **Televisión:** El Reglamento menciona la legislación general audiovisual como el instrumento que determinará los criterios de accesibilidad, sin embargo, la Ley General Audiovisual todavía no se ha aprobado, por lo que el Estado español no cumple, en relación con este aspecto, con las obligaciones derivadas de la Convención.
En cuanto a la televisión digital, en el Reglamento se prevé la obligación de las Administraciones públicas de garantizar el acceso a los servicios, así como la existencia un número suficiente receptores que satisfagan los requisitos de accesibilidad. Las obligaciones aparecen sin concretar en relación con el primero de los aspectos.
5. **Publicidad:** Únicamente se contemplan obligaciones relativas a la accesibilidad a la publicidad institucional realizada

en soporte audiovisual que son de aplicación al sector público estatal.

Como sistema de control, la Disposición adicional tercera establece que “el Consejo Nacional de la Discapacidad, con base en el informe anual o en las medidas o decisiones propuestas por la Oficina Permanente Especializada al Pleno, informará sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de accesibilidad regulada en este Real Decreto, para ser tenido en cuenta por el departamento ministerial responsable”. No se incluyen, pues, claramente, las obligaciones de accesibilidad en el régimen general de infracciones y sanciones en materia de discapacidad de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

En relación con este primer aspecto, *el Reglamento aprobado por Real Decreto 1494/2007, debería modificarse para incorporar obligaciones concretas cuando se estén afectando a derechos fundamentales o mecanismos de control de la actividad promocional de las Administraciones públicas en otro caso. En concreto habría que incluir expresamente el incumplimiento de las medidas de accesibilidad previstas, en el régimen de la Ley 49/2007.*

Se hace urgente la aprobación de una Ley General de Audiovisual en la que establezcan obligaciones de accesibilidad a los servicios de Televisión y se articulen los correspondientes mecanismos de control.

Es preciso incorporar medidas de promoción de la accesibilidad de la publicidad cuando la llevan a cabo agentes externos al sector público estatal y aun cuando no tenga un carácter institucional.

En cuanto a la *libertad de expresión y opinión y acceso a la información*, ya hemos visto las obligaciones que derivan del **artículo 21** establece la obligación de los Estados Partes de adoptar “las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier

forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención”.

En relación con estos derechos, *la accesibilidad a los medios audiovisuales puede constituir una condición de ejercicio*. Así, en el 21 a) se establece como una de las medidas a adoptar “facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad”. *Al respecto, conviene recordar los avances y las deficiencias del Real Decreto 1494/2007, en concreto a la demora en la aprobación de una Ley General Audiovisual*.

En el apartado b) se prevé como medida la de “aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales”. Esta medida, en lo que respecta a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, se implementa a través de la **Ley 2/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de estas personas**. La eficacia de la misma Ley supone un requisito suficiente para cumplir con la obligación del artículo 21 e) de “reconocer y promover la utilización de lenguas de señas”. Para la garantía de las obligaciones derivadas de esta ley, se contiene una remisión al régimen establecido por la LIONDAU.

La de “alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso”, recogida en el artículo 21 c), está pendiente de concreción. Al respecto la LIONDAU se remite, como hemos visto a una norma reglamentaria que desarrollará la accesibilidad a bienes y servicios a disposición del público.

El 21 e) establece la obligación de “alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad”.

Concretamente, en cuanto a las medidas a tomar para implementar nuestro ordenamiento, *el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 21 exige que el Reglamento aprobado por Real Decreto 1494/2007, se modifique para incorporar obligaciones concretas o mecanismos de control de la actividad promocional de las Administraciones públicas en el caso en que las obligaciones sean de aliento –apartados c) y d) del artículo 21 de la convención–. El cumplimiento de estas obligaciones debería asegurarse mediante su inclusión expresa en el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.*

Se hace urgente la aprobación de una Ley General de Audiovisual en la que establezcan obligaciones de accesibilidad a los servicios de Televisión y se articulen los correspondientes mecanismos de control.

Es preciso incorporar medidas de promoción de la accesibilidad de la publicidad cuando la llevan a cabo agentes externos al sector público estatal y aun cuando no tenga un carácter institucional