

ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M. Y LECIÑENA IBARRA, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, Navarra 2014, pp. 73-130.

ISABEL PALOMINO DIEZ

Profesora de Derecho Civil

Universidad Europea Miguel de Cervantes

ipalomino@umc.es

La atención prestada en el ámbito jurídico a las personas con discapacidad, tanto a nivel de legislación nacional como desde la perspectiva internacional, ha venido sustentándose en la tradición de los modelos de representación y guarda. La práctica médica los incorporó a su experiencia desde la óptica asistencial y, desde esta perspectiva, el modelo médico puso el énfasis en el individuo y en sus limitaciones. Todo ello sufre un profundo cambio con la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que traslada el eje de sus derechos al entorno de lo social: ya no es la persona con discapacidad la que debe adaptarse a los derechos reconocidos para el concepto “ciudadano”, sino la sociedad la que ha de generalizar dicho concepto, para llevarlo a los dictados de los Derechos Humanos desde el valor en dignidad que corresponde a toda persona, en plena titularidad y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Esta es la realidad que inspira todo el libro colectivo en el que se inserta el trabajo de la autora y es el hilo conductor del análisis que ésta última lleva a cabo en la parcela que atañe a la salud y a la toma de decisiones en el entorno médico; ámbito en el que esta inversión del modelo tiene una transcendencia determinante y que,

probablemente, no ha sido lo suficientemente advertida. El trabajo se sumerge en las particularidades del ámbito sanitario, delimitando las exigencias de la nueva normativa, mostrando las contradicciones generadas y no contempladas hasta el momento y desarrollando necesarias propuestas de futuro.

Pone de relieve la autora que las personas con discapacidad no pueden ser consideradas exclusivamente objeto de asistencia y rehabilitación; son personas que, desde la plena titularidad de sus derechos, están habilitadas para asumir decisiones propias desde la independencia y el soporte social complementario, que no sustitutivo. La Convención pone en tela de juicio la idoneidad y conveniencia de mantener nuestro tradicional sistema, exigiendo la existencia de un equilibrio entre el principio de protección y el de autonomía que asegure el tránsito del paradigma del interés superior al de la voluntad y preferencias. El objetivo es que las personas con discapacidad disfruten de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

El estudio aquí reseñado nos descubre la revolución que ha supuesto la aplicación de la Convención al ámbito de la capacidad y los enormes retos que plantea, en particular, en relación con la regulación de la capacidad de obrar y el tradicional régimen de incapacitación del ordenamiento jurídico. Se pone de relieve, además, que en nuestro país resulta escaso el avance llevado a cabo a la hora de potenciar la autonomía e independencia en ámbitos como el sanitario, aunque bien es cierto que ello es aplicable, en especial, a la situación actual del ejercicio de los derechos por parte de las personas objeto de un proceso de modificación de la capacidad.

La autora hace una clara argumentación de cómo la Ley de autonomía del paciente, al atribuir de forma automática la toma de decisiones al representante legal, vulnera los derechos de las personas incapacitadas judicialmente y contradice el sentido de los principios de la Convención. Los reconocimientos realizados por la Convención de la capacidad de la persona con discapacidad, exigen que sea ésta la que participe en la toma de decisiones en el ámbito de su salud. Para ello, debe contar con los apoyos necesarios y han de establecerse las salvaguardas adecuadas para que la voluntad de la persona con discapacidad sea efectivamente tenida en cuenta y evitar posibles abusos. En este sentido, debe entenderse la intervención por parte del tutor o curador. Esta interpretación es aplicable, por ejemplo, a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley de autonomía del paciente, precepto que requiere de una

importante y urgente reforma, para evitar la tendencia, que puede darse en la práctica, con base en la propia dicción del precepto, de acudir como regla general a la intervención sustitutiva del representante legal. Y también es aplicable a determinados ámbitos más específicos de la salud, en los que tradicionalmente se ha limitado la participación de las personas con discapacidad al tratarse de ámbitos de “especial trascendencia”. No obstante, ello es cuestionable en muchos casos, por cuanto la intervención sustitutiva no reporta indefectiblemente un beneficio directo para la persona con discapacidad y sólo en algunos supuestos muy específicos parece conveniente mantener la actuación “sustitutiva” de un tercero, adoptando para ello las salvaguardas adicionales que sean precisas.

Señala la autora que, a través de modificaciones introducidas por leyes como la 26/2011 y el Real Decreto 1276/2011, se ha intentado una mejor adaptación del sector de la salud a la Convención, pero estas reformas resultan claramente insuficientes. Se centran fundamentalmente en el derecho a la información en formatos accesibles y en la prestación de los apoyos adecuados, pero sin actualizar las referencias a la capacidad para prestar el consentimiento informado. Advierte la autora que sería preciso dar entrada a los postulados de la Convención desde una perspectiva en la que no se distinga tajantemente entre personas con discapacidad y personas con su capacidad judicialmente modificada, a las cuales se les sigue aplicando los remedios tradicionales de sustitución sin mayores referencias a la Convención.

Las consideraciones vertidas en el capítulo analizado muestran la necesidad de seguir insistiendo en una profunda reflexión social y jurídica sobre la realidad que atañe a las personas con discapacidad y el lugar que, en dignidad, les corresponde a nivel de reconocimiento de derechos y de trato en igualdad. Constituye en este sentido una valiosa aportación al debate que la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad viene generando desde hace años en nuestro país, en particular en un ámbito como el de la salud en el que hasta ahora apenas se ha tratado.