



La adopción por personas con discapacidad (The adoption by persons with disabilities)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES FORTHCOMING: EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA AUTONOMÍA Y EL AFECTO EN LA ADOPCIÓN. UN ESTUDIO SOCIOJURÍDICO CRÍTICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1950](https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1950)

RECEIVED 17 DECEMBER 2023, ACCEPTED 12 MARCH 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 4 JUNE 2024

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN* 

Resumen

Conforme al artículo 23.2 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) los Estados partes garantizarán los derechos y responsabilidades de tales personas en relación a la adopción de menores. Tal precepto ha sido de escasa aplicación práctica por la existencia de un prejuicio tradicional hacia la sexualidad y la maternidad/paternidad de estas personas, habiéndose llegado incluso a afirmar que sus hijos/as biológicos/as deberían darse en adopción. El presente trabajo se centra en el análisis de la configuración de la adopción en el citado artículo 23.2 CDPD, a partir de significativos ejemplos de Derecho Comparado. Primero, se estudian las condiciones de salud o económicas exigidas a los adoptantes, en las que subyace con frecuencia una discriminación directa o indirecta hacia las personas con discapacidad. Segundo, se profundiza en el significado del concepto “apoyo”, dirigido a asegurar que las personas con discapacidad puedan adoptar en iguales condiciones que las demás. Tercero, el trabajo ahonda en el alcance de la expresión “se velará al máximo por el interés superior del niño”, de cara a examinar si la misma compromete la eficacia del artículo 23.2 CDPD en la práctica.

Palabras clave

Adopción; personas con discapacidad; interés superior del menor; apoyos

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: Análisis de su alcance y límites actuales y futuros”, Referencia PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyas IP son Alma Rodríguez Guitián y Pilar Benavente Moreda.

* Catedrática de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de email: alma.guitian@uam.es

Abstract

According to Article 23 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) States Parties shall ensure the rights and responsibilities of such persons with regard to adoption of children. This article has a limited application in practice due to a traditional prejudice towards sexuality and motherhood/parenthood of these people, even proposing the adoption of their biological children. This contribution focuses on the analysis of the configuration of adoption in the aforementioned Article 23.2 CRPD, based on significant examples of Comparative Law. First, it studies the health and financial requirements for adopters, which often hide direct or indirect discrimination against the people with disabilities. Second, this paper explores the meaning of the concept of “support”, which is aimed at ensuring that persons with disabilities can adopt on an equal basis with others. Third, it analyzes the scope of the expression “in all cases the best interests of the child shall be paramount”, with a view to examining whether it jeopardises the effectiveness of Article 23.2 CRPD in practice.

Key words

Adoption; people with disabilities; the best interests of the child; support

Table of contents

1. Introducción	4
2. ¿Existencia de un derecho fundamental a la adopción?	5
3. Escasa adopción en la práctica por parte de las personas con discapacidad.....	7
4. Reflexiones sobre la configuración de la adopción por parte de personas con discapacidad en el artículo 23.2 CDPD	9
4.1. Aplicación a las personas con discapacidad de los requisitos comunes exigidos a cualquier adoptante.....	9
4.2. Significado del concepto “apoyos” en la adopción por personas con discapacidad.....	16
4.3. Alcance de la expresión “se velará al máximo por el interés superior del niño”	20
5. Conclusiones	22
Referencias	24
Referencias jurídicas.....	27
Jurisprudencia	28
Law report	28

1. Introducción

El artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), que lleva por rúbrica “Respeto del hogar y de la familia”, tiene por objeto la tutela de la vida familiar y la eliminación de toda discriminación en relación con ella cuando, o progenitores o hijos/as, son personas con discapacidad.¹ El derecho a la vida familiar y sus diferentes componentes ha sido ya reconocido con carácter general desde hace tiempo en diferentes instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Así, en los artículos 16.1 y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Además, especifican aspectos propios de las relaciones familiares de las mujeres y de los menores, respectivamente, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981 y los artículos 20 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Dentro de los instrumentos regionales de derechos humanos, también protegen los derechos del grupo familiar los artículos 8 y 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y los artículos 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Igualmente, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 prevé en su artículo 18 la protección de la familia y de otros grupos vulnerables (como mujeres, menores y ancianos).

Parece, sin embargo, que los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos anteriormente citados no consiguieron generar la concreta protección que las personas con discapacidad reclamaban, entre otras razones, porque no había un reconocimiento explícito de tales personas en los mismos (Kayess y French 2008). Así, a pesar de la amplia tradición existente en torno al derecho a la vida familiar en las distintas normativas de derechos humanos, las personas con discapacidad han sufrido durante largo tiempo serias vulneraciones en el mismo, tanto en su derecho a casarse

¹ “1. Los Estados Partes tomarán 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, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de 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 (...);

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia (...).

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad (...). 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 (...).”

como a tener descendencia, debido a la práctica de esterilizaciones forzosas, padeciendo, además, involuntarias separaciones de sus hijos/as. De este modo, hoy todavía hay legislaciones modernas que, o bien requieren que las personas con discapacidad acrediten capacidad funcional para consentir sexo, o bien criminalizan la mayoría de los actos sexuales realizados con personas con discapacidad; pareciendo transmitir con ello que estas últimas carecen del derecho al sexo en iguales condiciones que las demás (Arstein-Kerslake 2015).

Cabe afirmar en este sentido que la CDPD constituye el primer instrumento vinculante relativo a derechos humanos dirigido explícitamente a las personas con discapacidad (Kayess y French, 2008, evocan, cuando definen dicha Convención, a la metáfora de que tiene por finalidad traer la luz a los que viven en la oscuridad). En particular, con la promulgación del ya aludido artículo 23 se persigue la finalización de todos estos abusos arriba mencionados. Pero no puede entenderse el verdadero significado de este precepto si no se pone en relación con el artículo 12 de la propia Convención, en la medida en que el artículo 23 no es más que una especificación del contenido de aquel en lo relativo a la vida familiar de las personas con discapacidad (Series y Nilsson 2018, Martínez 2022). Así, el propósito esencial de la CDPD es la garantía y la tutela del goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad. Su núcleo central es el mencionado artículo 12, que lleva por rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”.

En consecuencia, las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos relativos a su vida familiar, de modo que ha de suprimirse cualquier discriminación que esa discapacidad pueda implicar en cuestiones relacionadas con la familia. Ello se concreta en el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia y a planificar su reproducción de forma libre y responsable, e igualmente en que se garantice por los Estados sus derechos y obligaciones respecto a la custodia, tutela, guarda y adopción de niños o instituciones similares, y en la prestación de la asistencia adecuada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. El artículo 23 CDPD no crea nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que su objetivo es únicamente hacerles accesibles aquellos que ya lo están para las personas sin discapacidad (Fiala-Butora 2018).

El presente *paper* tiene por objeto reflexionar sobre la adopción por personas con discapacidad, tema del que apenas hay estudios desde el punto de vista jurídico. La metodología utilizada será la experiencia del Derecho Comparado, a nivel legislativo y jurisprudencial, a través de referencias puntuales a ordenamientos jurídicos, tanto latinoamericanos como europeos.

2. ¿Existencia de un derecho fundamental a la adopción?

Son muy escasos los *papers* que tratan la discriminación a la que se enfrentan las personas con discapacidad cuando intentan convertirse en progenitores a través de la adopción (Wates, 2002, sostiene que, mientras la adopción de menores con discapacidad ha constituido el centro del debate, lo contrario ha ocurrido respecto a los adoptantes con discapacidad). Y tales *papers* normalmente suelen referirse a los prejuicios procedentes de los trabajadores sociales, de los jueces o de los diversos agentes intervinientes en la

adopción, y al rechazo de los propios progenitores biológicos del menor adoptado en estos casos (Cureton 2016). En ninguno de estos estudios se lleva a cabo un análisis crítico-jurídico sobre si las normativas reguladoras de la adopción son discriminatorias para las personas con discapacidad. También parece claro que ninguna investigación ha calificado la adopción como un derecho fundamental protegido por la CDPD (una excepción Connell 2017).

El apartado 2º del artículo 23 CDPD tiene dos partes bien diferenciadas, que se corresponden con sus dos incisos. Examinó, a continuación, el inciso primero del precepto, el cual señala que:

Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño.

Por la temática objeto del presente *paper* me detendré de forma exclusiva en la adopción. La expresión “cuando estos conceptos se recojan en la legislación nacional” obedece a que en los países musulmanes no se reconoce la adopción en su legislación, sino solo la institución denominada kafala (Fiala-Butora 2018).

Desde luego del tenor literal de este primer inciso del artículo 23.2 CDPD no parece derivarse la existencia de un derecho fundamental a la adopción como tal por parte de las personas con discapacidad. En este sentido es clara la diferencia existente con el apartado 1º del citado precepto, que sí se refiere explícitamente al reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio y a fundar una familia, y al derecho de las mismas a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos a tener y el momento temporal para ello. Por el contrario, el apartado segundo del artículo 23 CDPD no posee como objeto el reconocimiento directo de un derecho subjetivo a adoptar; simplemente implica un mandato vinculante dirigido a los Estados partes para que se garantice un interés cierto que ha de ser tutelado.

Tal y como sostiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de 11 de noviembre de 2009, a la que me refiero *infra*, el derecho a adoptar de los progenitores no puede considerarse como un derecho fundamental, sino que se trata de una mera expectativa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en parecida línea, ha sostenido que el derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH no garantiza un derecho a adoptar como tal; tal precepto, de hecho, presupone la existencia de una familia, pero no permite crearla (Sales 2015).

El derecho a adoptar, de admitirse, solo podría construirse como una concreción del derecho genérico a tener hijos/as, pero lo cierto, y extensivo a toda persona con o sin discapacidad, es que no hay un reconocimiento del derecho fundamental autónomo a procrear ni en las declaraciones internacionales de derechos civiles ni en las constituciones nacionales, con contadas excepciones (Farnós 2011). Lo único que sí se consagra en diversas declaraciones internacionales es el derecho a fundar una familia. Por ejemplo, en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Pero parece que el simple hecho de contraer matrimonio o de formar una pareja estable no otorga a los

cónyuges o convivientes el derecho a tener hijos; simplemente les atribuye el deber de realizar los actos sexuales necesarios para procrear.

A mi juicio, no cabe reconocer un derecho fundamental a la adopción en el sentido de que pueda exigirse al Estado que permita su acceso a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Los lazos de filiación en la adopción son creados por el Derecho y, por tanto, el ordenamiento puede y debe controlar qué vínculos se constituyen y, en la medida de lo posible, debe garantizar que el menor tenga una familia apta para afrontar sus necesidades (Calzadilla 2004). Así, los intereses del adoptante deben ser tenidos en cuenta siempre y cuando ello signifique que se alcanza la finalidad buscada con la adopción (Roca Trías 1999). En este sentido la adopción es una institución jurídica cuyo fin no es otro que la protección de niños, niñas y adolescentes para que puedan vivir y desarrollarse en una familia que les permita satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, en caso de que no se las pueda proporcionar su familia de origen (Herrera *et al.* 2018).

La afirmación de la inexistencia de un derecho fundamental a la adopción es perfectamente compatible con sostener que el artículo 23.2 CDPD, en su inciso primero, permitiría prohibir cualquier actuación estatal que perjudique la adopción por las personas con discapacidad, siempre y cuando concurran las condiciones en los adoptantes para la consecución de las necesidades del menor. La imposición a los Estados partes de una obligación negativa de no impedir *a priori* la expectativa de las personas con discapacidad a adoptar se presenta como una manifestación de la general prohibición de discriminación de los artículos 4 y 5 de la CDPD. Se ha mantenido que, en virtud del artículo 23.2, los Estados partes no solo son requeridos para abolir prácticas que prohíban a las personas con discapacidad adoptar menores, sino que deberían además facilitar la adopción para asegurar que las citadas personas puedan adoptar en iguales condiciones que las demás. Así, prohibición de barreras administrativas, incluyendo procedimientos inaccesibles que les impidan adoptar (Fiala-Butora 2018).

Por último, la obligación exigida a los Estados Partes, en el inciso primero del artículo 23.2 CDPD, de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la adopción, es moderada por la afirmación recogida en su parte final de que “en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño”. Es cuestionable si esta última expresión, que desarrollaré en el epígrafe 4.3, pone en peligro la eficacia práctica del precepto.

3. Escasa adopción en la práctica por parte de las personas con discapacidad

Entre las razones para recurrir a la adopción por parte de las personas con discapacidad se encuentran, bien el miedo a la transmisión de determinadas enfermedades genéticas a su descendencia, bien la reducción de la fertilidad y la fecundidad asociadas a determinadas enfermedades psíquicas, como la esquizofrenia (Contreras *et al.* 2014). Pero, sin duda, una de las razones más importantes por las que no se adopta por estas personas es el prejuicio tradicional existente sobre la sexualidad, la maternidad o paternidad de tales personas, en especial hacia las mujeres. En este sentido el artículo 6 CDPD señala que los Estados partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y que, por ello, han de tomarse medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones

de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Tanto la práctica de la esterilización forzosa como del aborto coercitivo a mujeres con discapacidad esconden una discriminación clara en la que subyace la idea de que no son aptas para tener y cuidar a su propia descendencia (Campoy 2017).²

Es tal el prejuicio existente que se pone en duda el derecho a la maternidad/paternidad de las personas con discapacidad, incluso una vez que ya ha nacido su hijo biológico, considerando conveniente la adopción de este por terceros. Frente a ello el artículo 23.2 CDPD parece guardar estrecha relación con el derecho a impedir que sea adoptado por otra persona (“Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”). Ello enlaza con el apartado 4 del mismo artículo 23 CDPD:

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.

Cabe citar algunos ejemplos de países donde se vislumbra con especial claridad este prejuicio. Así, tanto en Costa Rica como en Serbia se han calificado determinadas mujeres como “madres inadecuadas” en virtud de su discapacidad psicosocial o intelectual, separando a sus niños/as de ellas, vulnerándose con ello el citado apartado 4º del artículo 23 CDPD. De ahí que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las observaciones finales hechas a los informes iniciales sobre la materia de ambos países, el 12 de mayo de 2014 y el 23 de mayo de 2016, respectivamente, les inste a revisar aquellos procedimientos, ya sean normativos ya judiciales, en los que se declare como madres no aptas a mujeres con discapacidad y, a la vez, les inste a restituir plenamente a las mismas el derecho a tener un hogar y conformar una familia, asegurándose de que dispongan de los apoyos necesarios para hacer efectivos tales derechos. Igualmente, tal Comité, en sus observaciones finales hechas el 31 de octubre de 2014 al informe inicial de Nueva Zelanda, urge a este país al cambio de su normativa en cuanto esta dispensa de exigir el consentimiento de los progenitores con discapacidad, una vez iniciado el procedimiento de adopción de su hijo o hija (alude a los tres países mencionados Fiala-Butora 2018).

Por el contrario, en Italia no se consideran hechos suficientes para sostener la existencia de un estado de abandono del menor, el cual legitimaría para la declaración de adoptabilidad, ni las limitaciones mentales o culturales del progenitor biológico, ni su estado de extrema indigencia, ni la comparación con las mejores condiciones de vida de las que el menor podría disfrutar en una eventual familia adoptiva. La declaración del estado de adoptabilidad estaría justificada solo por la existencia de una anomalía de la personalidad del progenitor que se traduzca en una ineptitud para criar al hijo, no

² En España se ha aprobado la LO 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 (BOE núm. 328, de 17/12/2020). La propia Exposición de Motivos afirma: “Que nuestro Estado siga permitiendo que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como ‘el bien de la familia’, ‘la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres’ o ‘por su bien’, atenta directamente contra el artículo 23 de la Convención”.

superable en un periodo breve de tiempo y de tal entidad que pudiera ocasionar un perjuicio irreversible en la personalidad del menor (Cian y Trabucchi 2020).

4. Reflexiones sobre la configuración de la adopción por parte de personas con discapacidad en el artículo 23.2 CDPD

Llevo a cabo, a continuación, algunas reflexiones sobre la adopción por personas con discapacidad a partir de la estructura del artículo 23.2 CDPD. En él se recoge la afirmación de que los Estados partes deben garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad concernientes, entre otras instituciones que enumera, a la adopción de menores. Es decir, el precepto parte del hecho de que las personas con discapacidad pueden en principio ser adoptantes como cualquier otra persona, si bien no se detiene, por supuesto, en la problemática que puede implicar para aquellas la exigencia de determinados requisitos comunes a cualquier adoptante.

A continuación, el precepto se refiere a otras cuestiones. Por una parte, se subraya que el interés del menor ha de recibir la protección máxima y, por otra parte, se alude a la necesidad de que estas personas cuenten con una asistencia adecuada para la crianza de los menores, lo que dará pie a analizar, *infra*, el concepto de “apoyos” incluido en la CDPD.

4.1. Aplicación a las personas con discapacidad de los requisitos comunes exigidos a cualquier adoptante

Se ha denunciado que en muchas normativas reguladoras de la adopción y en las propias sociedades en las que se aplican dichas normativas sigue rigiendo el modelo médico de la discapacidad. Tal modelo se caracteriza por una connotación negativa de la discapacidad, según el cual las personas con discapacidad son menos capaces y naturalmente inadecuadas para ejercer la paternidad/maternidad a causa precisamente de su discapacidad. Así, se presume que tales personas poseen un defectuoso material genético, de modo que es conveniente la retirada del mismo de la sociedad, por ejemplo, mediante la esterilización (Arstein-Kerslake 2015, en contra de esta perspectiva paternalista que ve a las personas con discapacidad como un colectivo más necesitado de protección respecto a su actividad sexual que de protección de sus derechos autónomos).

En el modelo médico suele tomarse como punto de partida una concepción estática de la paternidad/maternidad: no se considera suficiente que una persona con discapacidad pueda cumplir la misma función en cuanto a la crianza y cuidado de los menores, si bien en un modo diferente al de las demás personas de la sociedad (Connell 2017). Desde tal perspectiva parece obviarse que tales personas proporcionarían una distinta, pero válida igualmente, versión de la paternidad/maternidad.

Frente al anterior, el modelo social, presente en la CDPD, afirma que no es la discapacidad de las personas en sí misma el problema sino las barreras construidas por la sociedad, de modo que si las personas con discapacidad se enfrentan con dificultades a la hora de ser progenitores es únicamente porque la sociedad está estructurada de tal forma que hace la crianza de menores más sencilla a aquellos sin discapacidad (Frohman 2009).

4.1.1. La discapacidad no puede ser una causa que impida a priori la adopción

El consentimiento que el adoptante presta para la adopción, requisito de validez de la misma, supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular. Es decir, implica la voluntad de asumir una relación jurídica de filiación y, en esa medida, dicho consentimiento es un acto jurídico voluntario y personalísimo. La primera consecuencia a extraer de ello es que no cabe que dicho consentimiento del adoptante pueda darse por medio de un sustituto o representante. Y la segunda consecuencia es que ha de atenderse a su capacidad natural de entender y de querer el acto que va a realizar y a que pueda manifestar su voluntad al exterior. Si la persona con discapacidad no posee capacidad natural en el momento concreto de consentir la adopción nadie puede emitir el citado consentimiento por ella (las reflexiones anteriores en Mayor del Hoyo, 2023). Muy claro en este sentido es el ordenamiento austriaco, cuyo § 191 (1) ABGB ha sido reformado recientemente por la Ley de Protección de los Adultos de 1 de julio de 2018 (2.Erwachenschutzgesetz).

Es interesante profundizar en la evolución sufrida en el ordenamiento español en cuanto a las conclusiones del anterior párrafo. Qué sucedía en el ordenamiento español antes 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 (en adelante LRAPD). Con carácter general se venía sosteniendo que, para determinar si una persona con discapacidad podía adoptar, había que estar a la sentencia de incapacitación judicial, la cual fijaba la extensión y límites de la incapacitación (explica Mayor del Hoyo, 2023, que hasta 1987 el legislador exigía expresamente para adoptar el requisito de la capacidad de obrar). Solo cabía adoptar si la sentencia de incapacitación no restringía a la persona afectada la realización de los actos de Derecho de Familia (sobre el estado de la cuestión, Calzadilla 2004 y Guilarte 2021). En este sentido muy ilustrativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Salamanca de 15 de diciembre de 2015, la cual afirmaba expresamente la incapacitación de una persona para contraer matrimonio y para la maternidad.

Ahora bien, antes de la citada reforma legal de 2021 ya había algunos pronunciamientos judiciales que venían considerando que la fijación *ex ante* en la sentencia de incapacitación del grado de aptitud psíquica de la persona para llevar a cabo determinados actos o negocios personalísimos limitaba de modo innecesario la autonomía y los derechos fundamentales de esta (así, refiriéndose a la capacidad para testar las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1994 y 15 de marzo de 2018 y, en relación con el matrimonio, la de 15 de marzo de 2018; sobre estos pronunciamientos judiciales Parra 2020). Además, se venía sosteniendo que la propia ratificación de la CDPD por España desde 2008, aun sin desarrollo a través de una ley interna específica, ya implicaba la imposibilidad de que una sentencia judicial negara *a priori* la capacidad de una persona para llevar a cabo un determinado acto personalísimo (lo explica la SAP de Badajoz de 14 de septiembre de 2020).

Siguiendo el espíritu de la CDPD, cabe afirmar que la discapacidad en absoluto puede constituir *a priori* una causa de discriminación que impida o dificulte la adopción (Mayor del Hoyo 2023). En el ordenamiento español la anterior afirmación se concreta hoy en el nuevo artículo 269 del Código Civil, fruto de la reforma española de 2021 para adaptar el ordenamiento español a la CDPD. Tal precepto señala en su apartado quinto que un

pronunciamiento judicial en ningún caso podrá incluir la mera privación de derechos. Como complemento de la idea anterior, la Disposición Transitoria primera de dicha ley establece que, a partir de su entrada en vigor, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto. Se ha señalado que el legislador ha dejado claro que ya es pasado la idea de la incapacitación como muerte civil, y ello en reconocimiento de la dignidad inherente a las personas con discapacidad (Munar 2022).

En línea con la nueva ley española se halla la Ley de Colombia 196 de 2019 de 26 de agosto, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Así, su artículo 6.2 señala que: “En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona”. Y su artículo 53 prohíbe el inicio de procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación, para comenzar cualquier trámite público o privado.

Diferencias claras en relación a los anteriores ordenamientos citados se encuentran en el ordenamiento argentino respecto a la adopción. El artículo 603 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece una excepción a la regla general, prevista en el artículo 602, de que las personas casadas o en unión convivencial solo pueden adoptar si lo hacen de manera conjunta. Así, según el precepto citado cabe la adopción por personas casadas o en unión convivencial de forma unipersonal en caso de que el cónyuge o conviviente haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impida prestar consentimiento válido para este acto. Se señala que sería injusto que el otro cónyuge o conviviente se viera impedido de poder adoptar él a un menor de edad a causa de la imposibilidad física o psíquica de su cónyuge o pareja conviviente de expresarse sobre la adopción (González 2015).

El aludido artículo 603 CCC guarda coherencia, sin duda, con el contenido de otros preceptos del mismo cuerpo legal (artículos 23, 24, 32 o 38), los cuales prevén limitaciones a la capacidad en el propio código y en una sentencia judicial. Respecto al contenido de este precepto caben dos grandes hipótesis. La primera, que la sentencia que declara la incapacidad o que restringe el ejercicio de determinados derechos, se haya pronunciado señalando que el cónyuge o conviviente no se halla en condiciones de llevar a cabo de forma autónoma las tareas de cuidado y de protección de un menor. En esta primera hipótesis su cónyuge o conviviente quedaría habilitado para la adopción individual.

El segundo caso que puede plantearse es que la sentencia declarativa de la incapacidad del cónyuge o conviviente que quiere adoptar no se haya pronunciado sobre la capacidad para consentir o no la adopción. Podrá entonces solicitarse al magistrado que dictó dicha decisión la fijación de su alcance. Pero siempre deberá hacerse realizando una evaluación disciplinaria que permita determinar, o bien el grado de comprensión del acto de la adopción, o bien que esa persona no alcanza a comprender el significado del acto por no hallarse en condiciones físicas o intelectuales de proporcionar los cuidados al menor, o por otro motivo. Entonces la adopción se pronunciará a favor del otro cónyuge o conviviente (una explicación detallada en González 2015).

4.1.2. La declaración de idoneidad

Anterior en el tiempo a la emisión del consentimiento para la adopción es la declaración de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la responsabilidad parental. La idoneidad es la capacidad, aptitud y motivación adecuadas tanto para ejercer la responsabilidad parental atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, como para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. Se ha apuntado que, con frecuencia, es en el momento de la realización del certificado de idoneidad al adoptante donde se manifiesta con mayor claridad la situación de discriminación padecida por las personas con discapacidad, sobre todo por las mujeres, dudándose sobre su capacidad de cuidado de los menores. Así, se denuncia que muchas parejas procuran ocultar su situación de discapacidad o enfermedad crónica durante el largo procedimiento de tramitación de la adopción (Peláez 2009).

El certificado de idoneidad de los adoptantes es exigido en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y nacionales. Es una garantía para el menor ya que suele implicar un control doble, primero administrativo y luego judicial. El ordenamiento español es un buen ejemplo en este sentido. Como el acto constitutivo de la adopción es la sentencia judicial, que está presidida por el interés del adoptando, el Juez puede denegar su constitución si estima que los adoptantes no reúnen los requisitos de idoneidad; incluso aunque la entidad pública haya mantenido previamente el criterio contrario al emitir el certificado de idoneidad, ya que el juez no está vinculado por la previa valoración administrativa (Ballesteros 2021).

En relación con la adopción que se trata de constituir, la declaración de idoneidad de los adoptantes no posee un carácter genérico, estando vinculada a las aptitudes específicas de los adoptantes respecto a las singulares circunstancias del menor que se quiere adoptar. Así, en el ámbito de la adopción internacional, muy significativo es el artículo 15 del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, el cual afirma:

Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

De forma indirecta también se contempla la misma idea en el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

La idoneidad concreta de los adoptantes también se exige en los diversos ordenamientos nacionales, de modo que deberán ser objeto de examen las condiciones personales, sociales, familiares y económicas y la aptitud educadora de los adoptantes. Así, por ejemplo, dentro del derecho autonómico español, el artículo 235-38.2 de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro Segundo, del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. En Francia también se requiere que los servicios sociales aprecien las condiciones materiales, morales y psicológicas de los adoptantes, en relación con el menor concreto (Terré y Fenouillet 2011). Igualmente, la Ley chilena n. 19.620 de 1999, que dicta normas sobre Adopción de menores, exige en su artículo 20 inciso 1º que los adoptantes sean evaluados como idóneos para ejercer el cuidado personal desde el

punto de vista físico, mental, psicológico y moral (apunta la discrecionalidad judicial que con ello se abre Lathrop 2022).

Muchas veces estos requisitos requeridos por los instrumentos nacionales o internacionales para estimar la idoneidad de los adoptantes pueden esconder una discriminación, bien directa, bien indirecta, cuando se aplican a las personas con discapacidad. Se ha afirmado que, aunque teóricamente la legislación posea una función antidiscriminatoria, la discriminación puede subyacer oculta dentro de los propios regímenes legales (Moreau 2013, Connell 2017). Así, a continuación, se analiza cómo en ciertos sistemas jurídicos se recogen criterios referentes a las circunstancias de salud, económicas y familiares, que permiten determinar si el candidato es una persona apta para adoptar y que, a la vez, pueden suponer una cierta discriminación de las personas con discapacidad (Connell 2017, refiriéndose a la legislación de varios estados de Australia: Victoria, Nueva Gales del Sur y Queensland).

Criterios de salud

Cito dos ejemplos interesantes del Derecho Comparado para ilustrar este epígrafe. Connell (2017, p. 16), refiriéndose a la legislación de adopción del estado australiano de Victoria, explica que, de acuerdo con la misma, el trabajador social que va a analizar la idoneidad de los adoptantes está obligado a considerar la salud de los mismos, comprendiendo tal concepto la salud emocional, física y mental. La interpretación que normalmente se está dando respecto a esta exigencia legal de acuerdo con el Manual del Departamento de Salud y Servicios Humanos de 2001 (*Adoption and Permanent Care Procedures Manual*), es que la tenencia de salud física, mental y emocional equivale a la capacidad de proveer al menor de sus necesidades, al menos hasta que este último consiga independencia social y emocional.

Según Connell (2017) la presunción recogida en el citado Manual de que las personas con discapacidad no son capaces de proporcionar al menor las necesidades que este requiere, presunción que inevitablemente han de aplicar los trabajadores sociales respecto a los futuros padres, constituye una discriminación directa. A su juicio, sería más conveniente poner el foco en preguntar a las personas con discapacidad cómo se enfrentan a los obstáculos diarios y cómo podrían superarlos en el caso de adoptar a un menor para cubrir las necesidades de éste. Se ha mantenido en este sentido que los progenitores con discapacidad pueden, por supuesto, estar sujetos a investigaciones sobre determinados extremos en el curso de los procedimientos de adopción, pero solo en igualdad de condiciones que los demás. Esto es, su discapacidad no puede ser un factor que dé lugar a más investigaciones de las usuales (Fiala-Butora 2018).

Un segundo ejemplo interesante dentro del Derecho Comparado es Colombia. El artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 de 8 de noviembre, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, señala que: “Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente (...)”. En este país generó gran polémica la exigencia concreta de la idoneidad física, en cuanto se sospechaba que la misma discriminaba a personas con determinada discapacidad a la hora de convertirse en progenitores

adoptantes, desconociéndose con ello el deber estatal de promover su plena integración en la sociedad.

Se planteó por la ciudadana Andrea Vega Rodríguez una demanda de constitucionalidad contra el citado inciso primero del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, que es resuelto por la sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de 11 de noviembre de 2009. Señala la demandante que el precepto vulnera los artículos 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia porque “contraviene los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad a la igualdad y a conformar una familia por la vía de la adopción”. Por otra parte, alega que el Estado tiene el compromiso de llevar a cabo acciones concretas para promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y debe adoptar medidas en favor de grupos de población vulnerables. El requisito de la idoneidad física exigido en la ley colombiana, a su juicio, constituye una limitación injustificada para personas que no gozan de un estado de salud pleno, pero sí que poseen adecuadas condiciones económicas, psicológicas y morales.

El Tribunal Constitucional señala que aquí no se está cuestionando si una persona tiene un derecho adquirido a la adopción o no (que es evidente que no lo posee), sino, si al regularse el requisito de la idoneidad física para la adopción, se está incorporando un criterio de selección que excluye de antemano a las personas con discapacidad o que, al menos, reduce en buena medida sus posibilidades de convertirse en padre o madre adoptantes. Se trata de analizar si el legislador, con tal requisito, está imponiendo un carga irrazonable y desproporcionada a las personas con discapacidad que deciden optar por la adopción.

Comienza señalando el tribunal que el alcance de la expresión “idoneidad física” no es neutra, a pesar de que en apariencia no incorpora un lenguaje discriminatorio, en cuanto evoca pensamientos donde los prejuicios contra las personas con discapacidad surgen con facilidad. Pero la ausencia de una definición del término “idoneidad física” en la legislación en general no lleva consigo automáticamente la inconstitucionalidad de la citada expresión. Sostiene el tribunal que, para determinar el alcance de la misma, deben tenerse en consideración distintas concepciones de discapacidad, en especial el modelo médico y el modelo social de discapacidad.

De acuerdo con el modelo médico la diversidad funcional ya no es vista como un castigo divino sino abordada en términos de enfermedad. Será suficiente la calificación de validez o invalidez que haga un médico respecto de una persona para determinar si es apta o no para adoptar. En este modelo quedan fuera las posibilidades de apoyo tecnológico, financiero, emocional y práctico que compensarían las áreas en las que la dificultad física está presente.

El modelo social de discapacidad, acogido por la CDPD, se centra más en las capacidades de las personas que en la evaluación exclusiva de sus deficiencias; así, lo importante será, no solo la deficiencia funcional, sino su interacción con el entorno. Desde dicho modelo se tendrá en cuenta la calificación médica de validez o invalidez, pero sobre todo las ayudas de que dispone una persona para desarrollar sus funciones sociales y, por tanto, para cuidar a un menor. Esta perspectiva incide más en el rol de progenitor consistente en proporcionar amor, apoyo o guía que en el consistente en las tareas físicas asociadas al parentesco.

El Tribunal Constitucional considera evidente que el requisito de la idoneidad física para quien aspire a adoptar un hijo obedece a un fin constitucionalmente legítimo, es decir, garantizar las mejores condiciones para la atención de las necesidades del menor que se integra en una familia. Pero, a su juicio, también parece claro que para quien tiene una limitación física y, sin embargo, cumple con las demás condiciones señaladas en la ley para adoptar un hijo, la medida puede ser discriminatoria si aquella se considera como la única razón para negar la adopción.

Por eso subraya el tribunal que el artículo 68 de la ley colombiana requiere una valoración global de todas las condiciones del candidato a progenitor adoptante. Por tanto, habrá que estar a las circunstancias de cada caso y ponderar este aspecto de la idoneidad física con otros, como la capacidad mental y el entorno familiar de la persona en particular. Y ello a la luz del interés superior del menor. En este sentido el tribunal concluye que la norma legal es conforme a la Constitución desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los niños/as. Tras esta sentencia del Tribunal Constitucional colombiano se ha modificado parcialmente la Ley 1098 de 2006 por la Ley 1878 de 2018, pero el citado artículo 68 ha permanecido inalterado.

Exigencia de concurrencia de matrimonio o relación de pareja

Se ha apuntado que la exigencia recogida en ciertas normativas estatales de que el adoptante esté casado o esté conviviendo maritalmente constituye un cierto impedimento para adoptar por parte de las personas con discapacidad (Connell 2017). Ello es así en la medida en que estas personas se encuentran con más dificultades para mantener relaciones amorosas y/o sexuales que las demás personas. De hecho, legislaciones modernas han incorporado o incorporan todavía en la actualidad serias restricciones a la capacidad de estas personas para tener relaciones sexuales en iguales condiciones que el resto (Arstein-Kerslake 2015 cita como ejemplos dos grupos de legislaciones. Por una parte, aquellas que tipifican como delito la actividad sexual llevada a cabo con personas con discapacidad intelectual, como el Irish Criminal Law (Sexual Offences) Act 1993, section 5 y, por otra parte, las que requieren que las personas con discapacidad intelectual acrediten su capacidad funcional para consentir la práctica de sexo, como en Inglaterra y Gales la Sexual Offences Act de 2003, section 30).

De nuevo acudo a ejemplos del Derecho Comparado. En el ordenamiento italiano se requiere la adopción conjunta por una pareja unida en matrimonio durante, al menos, tres años, que además no esté separada, ni siquiera de hecho, en aras de una verdadera integración familiar del menor. Así lo prevé el artículo 6 de la L. 4 maggio 1983, n. 184, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, modificada por la posterior Ley de 28 de marzo de 2001 n. 149.

La adopción, en cambio, no se admite para una pareja de hecho, apoyándose tal exclusión en el argumento de que el matrimonio proporciona la garantía de estabilidad de la unión precisa para asegurar la necesaria tranquilidad a un menor, el cual ya ha sufrido el trauma de un abandono previo por sus progenitores biológicos. Por idénticas razones se excluye la adopción a favor de una persona sola, excepto en casos particulares, de modo que tampoco puede adoptar uno solo de los miembros del matrimonio. Esta decisión no ha sido considerada inconstitucional por la Corte Constitucional italiana, la cual ha aclarado que se trata de una elección del legislador no

impuesta por la Constitución, de modo que aquel podría admitir otra opción distinta (Ferrando 2017). La doctrina ha reclamado, con acierto, que este extremo legal ha de revisarse a la luz de la evolución de los actuales modelos sociales familiares y de la aptitud de las personas solteras o en pareja no casadas para constituir sólidas relaciones de afecto con menores (Ferrando 2017).

En otros sistemas no se exige el matrimonio o la convivencia estable como requisito imprescindible para la adopción, pero sí se incluye como un criterio preferente. En el ordenamiento español cada Comunidad Autónoma tiene encomendado el desarrollo de la normativa reglamentaria que se ocupa de especificar los criterios para declarar idóneos a los solicitantes de la adopción. Aunque es imposible entrar ahora en las normativas existentes en cada Comunidad Autónoma, me limito a citar, como ejemplo, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de menores desamparados y de la adopción. Su artículo 75 establece que la asignación al menor a una persona o pareja adoptante se hará siempre en interés del menor y a partir de sus necesidades, apuntando, entre los criterios de preferencia en su letra a) que “[s]e dará prioridad a los cónyuges o pareja de hombre y mujer unidos de forma estable respecto de las personas individuales”.

Circunstancias económicas

La exigencia de que las personas adoptantes posean unas adecuadas circunstancias económicas aparece recogida, por ejemplo, en la legislación de la adopción del Estado de Victoria en Australia (Connell 2017). Igualmente, en el ya citado Decreto de la Comunidad Autónoma de Cataluña 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de menores desamparados y de la adopción. Así, su artículo 75, que establece las circunstancias a tener en cuenta por los equipos técnicos para la valoración de las condiciones de los solicitantes de la adopción, señala en el apartado 3 (“circunstancias socioeconómicas”) tanto la situación económica que permita la atención al menor como la tenencia de una vivienda en condiciones adecuadas.

Se ha apuntado que este requisito también lleva consigo una cierta discriminación indirecta en la medida en que las personas con discapacidad tienen muchas más dificultades para encontrar trabajo y en que, a la vez, sus propias dificultades físicas o psíquicas les generan un mayor gasto económico (Deane 2009).

Sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos en los que tal exigencia es interpretada de forma más atenuada. En el ordenamiento italiano, el ya citado artículo 6 de la L. 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, se limita a señalar que los cónyuges deben ser afectivamente idóneos y capaces de educar, de instruir y de mantener a los menores que intentan adoptar. Se ha sostenido, en particular, que no debería ser un obstáculo para la idoneidad el hecho de que se trate de una familia modesta, siempre que pueda asegurar una vida digna y disponga de fuentes de ganancias regulares (Ferrando 2017).

4.2. Significado del concepto “apoyos” en la adopción por personas con discapacidad

A continuación, se analiza la parte final del artículo 23.2 CDPD cuando afirma que “Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

Cabe plantear de modo previo si este precepto se está refiriendo únicamente a las medidas de apoyo, una vez adoptado el menor, para ayudar a la persona con discapacidad en el cuidado de éste, o bien también podría incluir medidas de apoyo para facilitar el acceso mismo a la adopción. Se ha respondido a favor de una interpretación amplia argumentando a partir del modelo social de discapacidad de la CDPD. Allí donde las dificultades para llevar a cabo las responsabilidades parentales son originadas por barreras sociales, es lógico que el Estado provea de ayuda asistencial adicional a las personas con discapacidad con el fin de permitirles superar tales barreras sociales a la paternidad/maternidad, incluyendo la asistencia a acceder al derecho a adoptar (Connell 2017).

4.2.1. Antes de la adopción

Connell (2017) sugiere que la información al colectivo de las personas con discapacidad acerca de cómo pueden acceder a la adopción se debería contemplar como exigible dentro de la obligación positiva de los Estados de proporcionar asistencia adicional, tales como campañas de educación pública. Solo así se posibilita a las personas con discapacidad alcanzar el estado de plena integración derivado de los principios generales del artículo 3 de la CDPD (“no discriminación”, “plena y efectiva participación e inclusión en la sociedad” e “igualdad de oportunidades”). Igualmente, ha de contemplarse la posibilidad de que se les preste un apoyo, si así lo necesitaran, para la expresión y comprensión adecuada del acto de adopción que van a realizar, que, por supuesto, presupone una correcta y completa información sobre el contenido de dicho acto.

En este sentido la filosofía de la CDPD, con su nuevo enfoque basado en los derechos humanos, ha ido dando una serie de pasos para cambiar un modelo de atención paternalista hacia las personas con discapacidad por un modelo de sistema de apoyos. La idea central de la Convención es, pues, el cambio de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad por un sistema de apoyos.

El término “apoyo” posee un carácter amplio que comprende hipótesis muy variadas, como el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas, el consejo... (en este sentido se pronuncia el apartado 17 de la Observación General, N° 1, de 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -organismo creado por la propia CDPD para una interpretación cualificada de la misma-).

El apoyo ha de ser el mínimo indispensable para que la persona con discapacidad actúe por sí misma cuando adopta decisiones en relación a su esfera personal o patrimonial. Los apoyos han de ser lo más flexibles y menos invasivos posible, adaptándose a las necesidades de cada persona (en este sentido García Rubio 2021). La CDPD se limita a hablar de apoyos, pero la citada Observación General N° 1 (2014) aboga, además, de forma expresa por una exclusión de los mecanismos de sustitución de la capacidad dentro del conjunto de los apoyos.

El apoyo está orientado, pues, a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisión, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, además, que pueda expresar sus preferencias. Esta misma idea sobre la función de los apoyos está presente en varios ordenamientos: así, en el artículo 14.1 de

la ley irlandesa sobre la materia, la Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, en el artículo 43.2º del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y en el artículo 249 del Código Civil español, tras su reforma en 2021.

A mi juicio, parece claro que, en la adopción por parte de las personas con discapacidad, la función principal del prestador de apoyos no se produce respecto a la prestación misma del consentimiento para la realización de actos jurídicos (puesto que nos encontramos, como ya se apuntó con anterioridad, ante un acto de carácter personalísimo en el que no cabe su emisión por sustituto o representante, ni un complemento de capacidad), sino que su labor se centra en el proceso previo de formación de la voluntad del futuro adoptante. Muy polémica se presenta la disyuntiva entre si los apoyos deben actuar en atención a los derechos, deseos y preferencias de las personas con discapacidad (artículo 12.4 CDPD), o bien en atención a su interés superior en todas las actuaciones que les afecten. Pensemos que en materia de adopción de un menor por parte de una persona con discapacidad la diferencia puede ser radical si el apoyo debe actuar con un criterio u otro en esa labor de acompañamiento, asesoramiento y facilitación de la comprensión del acto.

El artículo 12.4 CDPD no alude al mejor interés de la persona con discapacidad, pero la Observación General N°1 (2014) del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, que interpreta la Convención de forma cualificada, elimina de modo expreso el concepto de “interés superior de la persona con discapacidad”. En este extremo concreto, por ejemplo, la reforma legal española de 2021 (LRAPD) parece seguir la citada Observación General en cuanto ha restringido a los menores de edad el criterio del interés superior, y esta elección no ha estado exenta de críticas por parte de un sector doctrinal (Martínez de Aguirre 2021).

A favor de la inclusión del criterio preferente de los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés se ha manifestado García Rubio (2018). A su juicio, el apoyo, incluso en aquellos casos ya absolutamente excepcionales en que tenga carácter representativo, no puede actuar de acuerdo con su propio criterio, por más que piense que ello coincide con el beneficio de la persona con discapacidad. Señala que los deseos, voluntad y preferencias de esta última prevalecen incluso en caso de equivocación por parte de la propia persona con discapacidad. La antes citada Ley de Colombia 1996 de 2019 reconoce ya de modo expreso el derecho a equivocarse de tales personas y a cometer errores en sus artículos 19.3 y 4.2, a diferencia de la ley española.

Desde luego en la fase de facilitación del acceso a la información y a la comprensión del acto de adopción que va a hacerse, los apoyos no tienen que coincidir necesariamente con los apoyos que una persona con discapacidad tiene en su vida diaria (como guardadores de hecho o curadores). En este sentido un buen ejemplo, análogo a la adopción al ser también un acto personalísimo, es el otorgamiento de testamento, donde el papel del notario como apoyo es fundamental. Interesante en este sentido es la sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de septiembre de 1998, la cual ya aclaraba cuál es la función del notario en la comprensión del contenido del testamento, apuntando que la labor de asesoramiento ha de desarrollarla dentro del respeto a la libertad decisoria del testador, no pudiendo en ningún caso ni suplir ni sustituir la voluntad de este en cuanto el otorgamiento del testamento es un acto personalísimo (en

este sentido García Rubio y Torres 2022). En la adopción, sin duda, el juez podrá calificarse como apoyo y, en su caso, igualmente los órganos administrativos que en cada ordenamiento se encargan de emitir un certificado de idoneidad.

4.2.2. Tras la adopción

En una segunda fase, una vez dado el consentimiento y constituida formalmente la adopción, la persona con discapacidad, si es necesario, ha de disfrutar de apoyos para llevar a cabo su rol como progenitora, esto es, para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, tal y como prevé de modo expreso el artículo 23.2 CDPD.

Sin duda uno de los apoyos por excelencia con los que va a contar la persona con discapacidad adoptante en esta fase es el de sus familiares más próximos. Una concreta manifestación de cómo los apoyos familiares son de gran relevancia para el adoptante persona con discapacidad, cara al cuidado de los hijos/as, es el artículo 177.2 del Código Civil español, el cual señala la necesidad de que, en la presencia del juez que constituye la adopción, asienta a la misma: “El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta”.

Se ha explicado (Pérez 2016) que el asentimiento exigido al cónyuge o pareja del adoptante en el precepto citado es una especie de autorización a la adopción que, de modo implícito, lleva consigo una aceptación de las consecuencias que podrá ocasionar a quien asiente (en la medida, por tanto, que este último va a constituir un apoyo moral y material al adoptante). Por eso se excluye en ciertos casos en que ya no tendrá que constituir tal apoyo (como en caso de divorcio). Esto es, el asentimiento se requiere especialmente debido a las consecuencias que la adopción pueda ocasionar en los intereses, aunque sean eventuales, del cónyuge o pareja del adoptante, o bien de naturaleza personal (por ejemplo, obligación de compañía entre adoptante y adoptado derivada del artículo 154 del Código Civil y, por tanto, compañía entre el menor y el cónyuge o pareja del adoptante), o bien de naturaleza patrimonial (en la medida en que la descendencia incide en los derechos sucesorios del cónyuge).

Se ha planteado por la doctrina argentina, con cierta lógica, cómo deben ser los apoyos que permitan el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de una persona con discapacidad sin que llegue a desnaturalizarse la función de aquellos, de modo que dejen de ser tales apoyos. Se cita el ejemplo de una asistente domiciliaria que deba cuidar de igual modo y con idéntica intensidad al progenitor con discapacidad y al hijo de cara a las tareas cotidianas. Aquí podría desnaturalizarse el apoyo (en este sentido, Seda 2017). Por tanto, es preciso armonizar el artículo 23.2 CDPD, cuando menciona la obligación de prestación de una asistencia adecuada, con la idea de “ajustes razonables” del mismo texto normativo (arts. 2 y 5), los cuales son las modificaciones y adaptaciones necesarias, requeridas para cada caso particular y que no supongan una carga desproporcionada, dirigidas a garantizar que la persona con discapacidad pueda ejercitar sus derechos y libertades con plenas condiciones de igualdad.

Se mantiene que los apoyos dirigidos a desempeñar las responsabilidades en el cuidado no pueden suponer una crianza total y absoluta por parte de esos terceros que apoyan,

sean personas físicas o instituciones, porque entonces las personas adoptantes no pueden asegurar condiciones mínimas de supervivencia y bienestar por sí mismas para sus hijos/as (Seda 2019). Es preciso determinar en cada caso si se estaría desbordando la noción de ajuste razonable, entrando en un conjunto de medidas desproporcionadas que desnaturalizarían el rol parental.

4.3. Alcance de la expresión “se velará al máximo por el interés superior del niño”

El objetivo de la adopción no puede ser donar un menor a una familia, sino donar una familia a un niño (Malaurie y Fulchiron 2020). No hay la menor duda de que en todos los ordenamientos hay un denominador común en la regulación de la adopción, y es que el interés del menor ha de ser una consideración primordial, de modo que la adopción no es válida si no obedece a dicho interés. Así, entre otros ejemplos, los ordenamientos alemán (§ 1741 (1) BGB), francés (artículo 353-1 del Código Civil francés) o español, tanto en el derecho civil estatal (artículo 176.1 Código Civil) como en el autonómico (artículo 235-39 de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro Segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia).

En idéntica línea se pronuncian los instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 21 señala que: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”. En el mismo sentido el artículo 1 del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Recordemos que el artículo 23.2 CDPD subraya que: “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a (...) la adopción de niños (...); en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño (...)”. Es interesante analizar si la inclusión de la atención a la protección máxima del interés superior del menor en el citado precepto ha impedido, o al menos ha difuminado en la práctica, las posibilidades reales de adoptar por parte de las personas con discapacidad.

En el ordenamiento español la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de noviembre de 2009 refleja muy bien el conjunto de intereses presentes en la adopción. Apunta que en tal institución confluyen un haz de intereses mutuos, de los que la ley señala como objeto de especial protección el interés superior del menor a adoptar, clave de la bóveda del sistema. Pero, a su juicio, es utópico obviar que, junto a tales intereses, confluyen otros intereses legítimos, aunque de rango legal inferior, como es el del adoptante. Con frecuencia quien, por imposibilidad de tener un hijo biológico, aspira a la realización personal y social que implica la crianza de un menor no está sino satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia; derecho legalmente amparable y que no debe quedar, a juicio de esta decisión judicial y debido a una exagerada tutela del concepto del interés del menor, de tal modo postergado que pierda todo contenido efectivo.

Instrumento esencial para resolver el dilema planteado entre los intereses del menor y los de los progenitores derivados de la adopción es, sin duda, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que ha emitido la Observación General nº 14 (2013) sobre

el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

En particular, es interesante reseñar el párrafo 97 de la citada Observación:

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado.

No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones (...).

Se ha interpretado con acierto el contenido de este párrafo 97 en el sentido de que el hecho de que haya implicado un menor no significa que se anulen directamente el resto de los intereses concurrentes de otras personas. Así, de tal texto se deriva que el interés del menor no es el único a tener en cuenta, ni su consideración ha de ser necesariamente superior a otros intereses dignos de protección (defendiendo que este último es el significado que tiene el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el que se desprende de la Observación General citada, García Rubio 2020, la cual pone de relieve que no tendría sentido considerar siempre el interés del menor como el jerárquicamente superior porque hipotéticamente, por ejemplo, podría concurrir con el de otro menor, o con el derecho a la vida de una persona adulta).

Sin embargo, es importante llamar la atención sobre la parte final del citado párrafo 97 de la Observación General, el cual señala que: “Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial”, remitiéndose al párrafo 38 de ese mismo documento. Dicho párrafo 38 se refiere en concreto a la adopción, afirmando que:

Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente ‘una consideración primordial’, sino ‘la consideración primordial’. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionada con otras cuestiones.

Por tanto, en la adopción sí tendría el interés del menor un mayor peso específico: es la consideración primordial.

En un sentido similar al recogido en el párrafo 38, se ha sugerido por la doctrina la distinción que ha de hacerse entre las decisiones que afectan directamente al menor y aquellas que solo le afectan de modo indirecto. Así, si estamos ante decisiones del primer

tipo, como puede ser la relativa a la adopción de un menor, su interés posee una relevancia superior y no puede tratarse en ningún caso como una más entre todas las circunstancias concurrentes. Si nos hallamos ante decisiones que afectan de modo indirecto al menor, se ha de buscar la mejor fórmula de solución posible para el conjunto de intereses (ambos planos se diferencian en Eekelaar 2015).

Por otra parte, aporta bastante luz para entender cómo han de ponderarse los distintos intereses que confluyen en la adopción la sentencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, reparaciones y costas)*. Este caso no se refiere a la adopción de personas con discapacidad, sino que se trata de la primera sentencia de la Corte Iberoamericana sobre derechos LGBT, en la que se revisa un fallo de la justicia chilena que en 2005 concede la custodia de las hijas al padre a causa de la orientación homosexual de la madre.

La sentencia apunta conclusiones interesantes para la determinación del interés superior del menor en hipótesis de cuidado y custodia de menores. Así, señala en sus párrafos 109 a 111 que el punto de partida para dicha determinación ha de ser la evaluación de los comportamientos específicos de los progenitores y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor en cada caso concreto. Pero solo han de tomarse en consideración los daños o riesgos que sean reales y acreditados respecto al bienestar del niño/a. Por tanto, no caben especulaciones, presunciones o estereotipos de carácter general y abstracto sobre características personales de los progenitores o preferencias culturales sobre ciertos conceptos tradicionales de la familia. La Corte subraya que el interés de las menores no puede ser aquí utilizado para amparar la discriminación hacia la madre por su orientación sexual.

Trasladando las consideraciones anteriores al supuesto de la adopción, lo que ha de examinarse, a mi juicio, es, a la luz de las circunstancias particulares, qué riesgos reales y concretos derivarían para el menor en su salud, en su vida o educación, de criarse con el progenitor con discapacidad, en la medida en que su interés tiene una relevancia superior. Es decir, ha de evaluarse el perjuicio concreto que surgiría para el menor y no han de aplicarse ciertos estereotipos teóricos, como que la discapacidad de una persona impide la crianza de un menor (Mayor del Hoyo, 2019, propone adoptar una fórmula ideal que conjugue los intereses del menor con los de la persona con discapacidad: ello implicaría no excluir *a priori* la adopción de la persona con discapacidad y llevar a cabo, en cada caso concreto, una valoración a la luz del criterio del interés del menor).

La perspectiva no ha de estar tanto en evaluar exhaustivamente al progenitor con discapacidad en búsqueda de sus debilidades cuanto en exigir al Estado que agote todas las medidas posibles para que ese progenitor y el menor puedan gozar de su derecho a vivir en familia. Con frecuencia, cuando se interviene en casos de progenitores con discapacidad, suele examinarse de modo riguroso al grupo familiar elevando los estándares de diligencia de sus miembros, requiriéndoles comportamientos o habilidades que no se exigen respecto a otras personas (Molina y Valente 2018).

5. Conclusiones

Son escasos los trabajos que estudian la discriminación que sufren las personas con discapacidad cuando intentan convertirse en progenitores por medio de la adopción; así, aquellos suelen girar sobre los problemas de los menores con discapacidad adoptados.

Tampoco existen trabajos, con alguna excepción, que tengan por objeto un análisis crítico-jurídico sobre si en las normas actuales reguladoras de la adopción puede subyacer un trato discriminatorio para las personas con discapacidad cuando se les aplican determinados requisitos comunes a cualquier adoptante.

El artículo 23.2 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad desde luego no contiene el reconocimiento de un derecho fundamental a la adopción por parte de las personas con discapacidad, en el sentido de que pueda exigirse a un Estado que permita su acceso a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Pero la inexistencia de un derecho fundamental a la adopción es perfectamente compatible con la idea, derivada del artículo 23.2 CDPD, de que la discapacidad en absoluto puede constituir una causa de discriminación que impida o dificulte *a priori* la adopción por parte de una persona con discapacidad. Tal precepto, al encerrar un mandato al legislador para que garantice los derechos y obligaciones respecto a la adopción de las personas con discapacidad, permitiría prohibir, además, cualquier actuación estatal que perjudicara la adopción por tales personas, siempre y cuando concurren las condiciones necesarias en ellas para la cobertura de las necesidades del menor (que es el interés prioritario en toda adopción).

El escaso uso de la adopción por parte de las personas con discapacidad se debe, entre otras razones, al prejuicio tradicional existente sobre la sexualidad, la maternidad o la paternidad de tales personas, en especial, de las mujeres, del que son manifestaciones claras tanto la esterilización forzosa como el aborto coercitivo practicados con frecuencia sobre estas últimas. Es tal el prejuicio existente que llega a ponerse en duda el derecho a la maternidad o paternidad de estas personas con discapacidad, incluso una vez que ya ha nacido el menor, considerando conveniente, sin analizar las circunstancias de cada caso, la adopción de su hijo biológico por terceros.

El presente trabajo lleva a cabo una serie de reflexiones sobre la estructura del artículo 23.2 CDPD. El precepto parte del hecho de que las personas con discapacidad pueden ser en principio adoptantes como cualquier otra persona, pero no se detiene en la problemática que puede implicar para aquellas la exigencia de determinados requisitos legales de idoneidad comunes a cualquier adoptante. Así, en primer lugar, en ciertos ordenamientos se identifica la idoneidad de los adoptantes con la plena tenencia de salud física, mental y emocional, pudiendo ello constituir una limitación injustificada para adoptar respecto a personas que, por ejemplo, no gozan de un estado de salud pleno, pero, en cambio, sí poseen el resto de condiciones.

En segundo lugar, la exigencia recogida en normativas estatales de que el adoptante esté casado o en convivencia *more uxorio* con otra persona supone un cierto impedimento para adoptar por parte de las personas con discapacidad, en la medida en que tales personas se hallan con más dificultades para mantener relaciones amorosas y/o sexuales que las demás personas. Hay, incluso, legislaciones modernas que todavía tipifican como delito el mantenimiento de relaciones sexuales con este colectivo. Por último, se ha sostenido que lleva consigo una cierta discriminación indirecta el requisito de que los adoptantes posean unas adecuadas circunstancias económicas, en cuanto las personas con discapacidad no encuentran con tanta facilidad trabajo y en cuanto sus propias dificultades físicas o psíquicas les generan mayor gasto económico.

El artículo 23.2 CDPD, en segundo lugar, establece que los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para la asunción de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, lo que conduce al análisis obligado del concepto de apoyos. Antes de la adopción, la función principal del prestador de apoyos no se produce respecto a la prestación misma del consentimiento, al ser la adopción un acto personalísimo en el que no cabe su emisión por sustituto o representante. Pero el apoyo sí incidiría en la facilitación del acceso a la previa información y a la comprensión del acto de adopción que va a realizarse, pudiendo ser considerados como apoyos excepcionales en este sentido tanto el juez como los órganos administrativos que en cada ordenamiento interno se ocupan de la emisión del certificado de idoneidad del adoptante.

Tras la formalización de la adopción, la persona con discapacidad, si es preciso, ha de disfrutar de apoyos para llevar a cabo su rol de progenitora. Uno de los apoyos por excelencia serían sus familiares más próximos. Ahora bien, es interesante preguntarse acerca de cuál ha de ser la intensidad de los apoyos que permitan el ejercicio de la responsabilidad parental, de modo que no llegue a desnaturalizarse la función de aquellos.

Por último, es imprescindible profundizar en el alcance de la expresión “se velará al máximo por el interés superior del menor”, también introducida en el artículo 23.2 CDPD, de cara a analizar si con tal expresión se acaba reduciendo la eficacia práctica del precepto, de modo que en la mayoría de los casos no quepa la adopción por este colectivo de personas. Ello implicaría examinar, a la luz de las circunstancias particulares de cada supuesto, qué riesgos reales y concretos derivarían para el menor en su salud, vida o educación, de criarse con el progenitor con discapacidad que pretende adoptarlo, en la medida en que la consideración del interés del menor adoptado posee una relevancia superior. Es decir, ha de evaluarse el perjuicio concreto que surgiría para el menor, no debiendo aplicarse ciertos estereotipos teóricos, como que la discapacidad de una persona impide en todo caso la crianza de un menor.

Referencias

- Arstein-Kerslake, A., 2015. Understanding sex: The right to legal capacity to consent to sex. *Disability & Society* [en línea], 30(10), 1459-1473. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09687599.2015.1116059>
- Ballesteros, M., 2021. Comentario a los artículos 175, 176 y 177 del Código Civil. En: R. Bercovitz, ed., *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 356-364.
- Calzadilla Medina, M.A., 2004. *La adopción internacional en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Campoy Cervera, I., 2017. *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Murcia: Laborum.
- Cian, G., y Trabucchi, A., 2020. *Commentario Breve al Codice Civile*. Padua: Cedam.
- Connell, B., 2017. Some Parents Are More Equal than Others: Discrimination against People with Disabilities under Adoption Law. *Laws* [en línea], 6(3), 1-27. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/laws6030015>

-
- Contreras, M., *et al.*, 2014. Prevención de trastornos mentales en hijos de personas afectadas por trastornos mentales graves. *Revista de psicoanálisis con niños* [en línea], nº 11. Disponible en: <http://www.fort-da.org/fort-da11/contreras.htm>.
- Cureton, A., 2016. Some Advantages to Having a Parent with a Disability. *Journal of Medical Ethics* [en línea], 42(1), 31–34. Disponible en: <https://doi.org/10.1136/medethics-2015-102666>
- Deane, K., 2009. *Shut out: The experience of People with Disabilities and Their Families in Australia* [en línea]. Informe. Greenway/Canberra: National People with Disabilities and Carer Council Disponible en: <https://www.dss.gov.au/our-responsibilities/disability-and-carers/publications-articles/policy-research/shut-out-the-experience-of-people-with-disabilities-and-their-families-in-australia>
- Eekelaar, J., 2015. The Role of The Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children. *International Journal of Children's Rights* [en línea], 23(1), 3-26. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/15718182-02301003>
- Farnós Amorós, E., 2011. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Ferrando, G., 2017. *Diritto di Famiglia*. Bolonia: Zanichelli.
- Fiala-Butora, J., 2018. Article 23. Respect for Home and the Family. *En: I. Bantekas, M. Ashley Stein y D. Anastasiou, eds., The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*. Oxford University Press, 629-655.
- Frohmadar, C., 2009. *Parenting Issues for Women with Disabilities in Australia* [en línea]. Policy paper. Rosny Park: Women with Disabilities Australia (WWDA). Disponible en: <https://wwda.org.au/wp-content/uploads/2009/08/parentingpolicypaper09.pdf>
- García Rubio, M.P., 2018. Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho Civil* [en línea], 5(3), 29-60. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/368>
- García Rubio, M.P., 2020. ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea], nº 13, 14-49. Disponible en: <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/09/1. M%C3%82%C2%AA. Paz Garc%C3%83 a Rubio p p. 14-49.pdf>
- García Rubio, M.P., 2021. La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], nº 25, 81-109. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/706895/AFDUAM_25_5.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- García Rubio, M.P., y Torres Costas, M.E., 2022. Comentario al artículo 249 del Código Civil. *En: M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz, eds., Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 207-219.
-

- González de Vicel, M., 2015. Comentario al artículo 603 CC. En: M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso, eds., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Libro Segundo, Artículos 401 a 723*. Buenos Aires: Infojus, 392-393.
- Guilarte Martín-Calero, C., 2021. Comentario a los artículos 269 y 270 CC. En: C. Guilarte, ed., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Vol. III. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 688-701.
- Herrera, M., De la Torre, N., y Fernández, S., 2018. *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Kayess, R., y French, P., 2008. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review* [en línea], 8(1), 1-34. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngm044>
- Lathrop, F., 2022. La protección de la persona con discapacidad en el Derecho chileno. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [en línea], 17, 230-259. Disponible en: <https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/09/08.-Fabiola-Lathrop-pp.-230-259.pdf>
- Malaurie, P., y Fulchiron, H., 2020. *Droit de la Famille*. París: LGDJ.
- Martínez de Aguirre, C., 2021. Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica. *La Ley*, 9851, 17 de mayo.
- Martínez Rodríguez, N., 2022. Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas. En: E. Llamas, N. Martínez y E. Toral, eds., *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*. Madrid: Wolter Kluwer Legal.
- Mayor del Hoyo, V., 2019. *La adopción en el Derecho Común español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mayor del Hoyo, V., 2023. Mujer con discapacidad psíquica y filiación adoptiva. En: B. Verdura, eds., *Mujer, discapacidad y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 399-420.
- Molina Chávez, M.F., y Valente, S., 2018. Maternidad y discapacidad mental. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2(2), 169-184.
- Moreau, S., 2013. In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination. En: D. Hellman y S. Moreau, eds., *Philosophical Foundations of Discrimination Law* [en línea]. Oxford University Press, 71-86. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199664313.003.0005>
- Munar Bernat, P., 2022. Comentario al artículo 269 del Código Civil. En: M.P. García Rubio y M.J. Moro, eds., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 343-350.
- Parra Lucán, M.A., 2020. Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York. En: M.C. Gete-Alonso, ed., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 119-148.

- Peláez Narváez, A., 2009. El derecho a ser madre. *En: A. Peláez, ed., Maternidad y Discapacidad*. Madrid: CERMI, 13-25.
- Pérez Alvarez, M.A., 2016. Comentario a los artículos 176 y 177 del Código Civil. *En: A. Cañizares et al., eds., Código Civil Comentado, Vol. I*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 921-939.
- Roca Trías, E., 1999. *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Sales i Jardí, M., 2015. *La vida familiar en la jurisprudencia del TEDH: Una interpretación constructiva* [en línea]. Barcelona: Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgzdk>
- Seda, J.A., 2017. Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de hijos. *Descentrada* [en línea], 1(1), 1-11. Disponible en: https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.7720/pr.7720.pdf
- Seda, J.A., 2019. Adopción y ejercicio del rol parental por personas con discapacidad intelectual. *La Ley*, 2/07/2019, LA LEY2019-C, 1135, 1-7.
- Series, L., y Nilsson, A., 2018. Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford University Press, 1-42.
- Terré, F., and Fenouillet, D., 2011. *Droit Civil La Famille* [en línea]. París: Dalloz. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.meddro.2010.10.017>
- Wates, M., 2002. Disability and adoption: how unexamined attitudes discriminate against disabled people as parents. *Adoption & Fostering Journal* [en línea], 26(2), 49-56. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/030857590202600207>

Referencias jurídicas

España

- Decreto de Cataluña 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de menores desamparados y de la adopción. *DOGC* nº 2307 de 13/01/1997.
- Ley 25/2010 de 29 de julio, del Libro 2º del Código Civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia. *DOGC* de 5/08/2010.
- Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. *BOE* nº 312 de 29/12/2007.
- 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* nº 132 de 03/06/2021.

Derecho Comparado

- 2.Erwachenschutzgesetz. *BGBI*. [en línea], I Nr. 59/2017. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2017/59>

Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015. [en línea]. Disponible en:

<https://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/enacted/en/html>

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) [en línea]. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Code Civil français [en línea]. Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr>

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014 [en línea]. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar>

L. 4 maggio 1983, n. 184, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. *GU* [en línea], Serie Generale n.133 del 17-05-1983 - Suppl. Ordinario n. 28. Disponible en: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1983/05/17/133/so/28/sg/pdf>

Ley de Colombia 1098 de 2006 de 8 de noviembre por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario Oficial* n.º. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

Ley de Colombia 1996 de 2019 de 26 de agosto, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. *Diario Oficial*, n.º 51.057 de 26 de agosto de 2019.

Jurisprudencia

España

Tribunal Supremo (Sala 1ª)

Sentencia de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1090).

Sentencia de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1478).

Sentencia de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6399).

Sentencia de 25 de mayo de 1994 (RJ 1994/3723).

Sentencia de 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9483).

Audiencias Provinciales

SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 14 de septiembre de 2020 (JUR 2020/306944).

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016/19480).

SAP de Valencia (sección 10ª) de 30 de noviembre de 2009 (JUR 2010/70138).

Colombia

Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia de 11 de noviembre de 2009 [en línea], C-804/09. Disponible en:

https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/C-804_2009.htm

Law report

Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General N.º 1 (2014) sobre el Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley* CRPD/C/GC/1.

Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CRC), *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

CRPD Committee, *Concluding Observations: Costa Rica* UN DOC CRPD/C/CRI/CO/1 (12 May 2014).

CRPD Committee, *Concluding Observations: New Zealand* UN DOC CRPD/C/NZL/CO/1 (31 October 2014).

CRPD Committee, *Concluding Observations: Serbia* UN DOC CRPD/C/SRB/CO/1 (23 May 2016).