



HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA CON LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. REFLEXIONES A LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹

Towards harmonization of Latin American Law on legal capacity with the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Reflections in light of the General Comment of the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities

Patricia Cuenca Gómez²

Resumen: La legislación civil de los países latinoamericanos permite importantes restricciones en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que parecen enfrentarse con las exigencias contenidas en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ahora bien, el alcance de este enfrentamiento depende de la posición que se asuma acerca de la interpretación de los elementos medulares de este precepto. Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad optando por una lectura del art. 12 que obliga a

¹ Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

² Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 y del Proyecto “Historia de los Derechos Fundamentales en el siglo XX”, DER2008-0394.



introducir modificaciones sustanciales en la regulación latinoamericana de la capacidad jurídica.

Palabras clave: Discapacidad, capacidad jurídica, sistemas jurídicos latinoamericanos, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Abstract: Latin American Civil Law allows restrictions on legal capacity of persons with disabilities that seems confront with requirements contained in art. 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. However, the scope of this contradiction depends on the interpretation of the key elements of this provision. Lately the Committee for the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities has ruled on this issue and has opted for an interpretation of art. 12 that requires substantive changes in the latin american regulation of legal capacity.

Key words: Disability, Legal Capacity, latin american legal systems, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Sumario: 1. Introducción. 2. El tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas jurídicos latinoamericanos 3. El tratamiento de la capacidad jurídica en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos problemas interpretativos 4. La interpretación del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz de la Observación del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

1. Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), aprobada en diciembre de 2006 y en vigor desde mayo de 2008, es el primer instrumento de carácter vinculante que, en el marco del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, se refiere específicamente a las personas con discapacidad. El objeto de este Tratado, enunciado en su art. 1, consiste en *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y*



libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Es común afirmar que esta Convención implica un cambio de paradigma en el modo de contemplar y regular la discapacidad que suele sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos³ y entender que este nuevo enfoque está estrechamente relacionado con la superación del modelo médico de tratamiento de la discapacidad y la consolidación del modelo social⁴.

De manera genérica, cabe entender que la idea fuerza que define el modelo social que inspira la CIDPD consiste en la defensa de que la discapacidad está ocasionada no tanto por las limitaciones personales originadas por el padecimiento de una deficiencia – según sostiene el modelo médico – como por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente la situación de las personas con discapacidad. Por tanto, no son las personas las que tienen que rehabilitarse para poder ser integradas en la sociedad, sino que es la sociedad la que tiene que adaptarse para incluir a las personas con discapacidad. Así, en el marco del modelo social, las restricciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la sociedad y gozar de sus derechos en condiciones de igualdad no se consideran naturales, ni inevitables, ni tolerables como sostiene el modelo médico. Se contemplan, por el contrario, como el producto de una construcción social que genera exclusión y discriminación. Asumiendo esta visión, el tratamiento de la discapacidad no se reduce al ámbito médico y asistencial, sino que ha de ser un tratamiento integral que debe consistir, centralmente, en políticas de derechos humanos⁵ dirigidas a eliminar cualquier tipo de barrera en su ejercicio y disfrute. El modelo social defiende una serie de principios - vida independiente, accesibilidad, normalización, diálogo civil - que son traducción de los valores que presiden el discurso

³ Vid. por ejemplo, PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007 y MACKAY, D., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, pp. 323-331, p. 328.

⁴ Vid. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

⁵ ASÍS ROIG, R. de, BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 83-113, p. 84.



de los derechos humanos⁶. Entre ellos la autonomía, que reclama que las personas con discapacidad sean el centro de todas las decisiones que les afectan y puedan ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares reviste una importancia de primer orden⁷.

Desde estos parámetros, la CIDPD plantea importantes desafíos para las legislaciones nacionales– y también para los sistemas jurídicos de los Estados latinoamericanos - que todavía hoy – y a pesar de las importantes reformas emprendidas en los últimos años - continúan inspirándose – al menos en algunos ámbitos temáticos – en el modelo médico y que siguen contemplando la discapacidad desde una perspectiva en la que persisten tintes claramente asistencialistas.

El modelo social de discapacidad se plasma en todo el texto de la Convención, pero como se ha señalado en algunos trabajos⁸, lo hace con especial nitidez en la definición de persona con discapacidad de su art. 1⁹, que combina el elemento individual – las deficiencias – con el elemento social – las barreras; en la estrategia que adopta, que consiste no tanto en reconocer nuevos derechos específicos de las personas con discapacidad sino en adaptar los derechos humanos “generales” a la situación de este colectivo¹⁰; en los principios que proclama en su art. 3 que pueden resumirse en dos: la dignidad y la igualdad¹¹; en la prohibición de discriminación por motivos de

⁶ ASÍS ROIG, R. de, BARRIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., pp. 83-113, p. 84.

⁷ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 164 y ss.

⁸ ASÍS ROIG, R. de, BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33.

⁹ La Convención entiende en su art. 1 que “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

¹⁰ Adaptación que es resultado de la interacción del principio de igualdad con cada uno de los derechos, PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 270.

¹¹ El art. 3 de la Convención establece: “*Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”.



discapacidad que se articula de un modo amplio abarcando cualquier tipo de discriminación¹²; en la importancia que concede a la accesibilidad universal como condición para el disfrute de todos los derechos¹³, y en el tratamiento que ofrece a la cuestión de la capacidad jurídica en su art. 12.

Este último precepto reviste una importancia central en el logro de la plena y efectiva igualdad de derechos de las personas con discapacidad¹⁴. Y ello porque, mientras que el reconocimiento de la condición de persona permite a los individuos acceder a la titularidad de los derechos, el reconocimiento de la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos¹⁵. El art. 12 constituye uno de los principales retos en el proceso de implementación de la Convención en los sistemas jurídicos nacionales y, desde luego también, en los sistemas latinoamericanos que, como se comprobará en el primer apartado de este trabajo, restringen la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad.

En todo caso la determinación del significado y alcance del art. 12 se presenta como una cuestión altamente controvertida¹⁶. Según se verá en el segundo apartado del

¹² La Convención define como discriminación por motivos de discapacidad “cualquier distinción, exclusión o restricción” “por motivo de discapacidad” que tenga “el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Vid. sobre el alcance de esta definición QUINN, G., “Disability Discrimination Law in the European Union” en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law for an Enlarged Europe: Towards a Greater Understanding of the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007 y PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 325-330.

¹³ La accesibilidad universal aparece contemplada como principio en el art. 3, y, además, a mi juicio, como derecho en el art. 9 de la Convención. Su Preámbulo reconoce “la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Ha insistido en la relevancia de la accesibilidad para el acceso a los derechos SAN JOSÉ GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007, pp. 1-26, p. 12.

¹⁴ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 419.

¹⁵ BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO, L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, p. 357.

¹⁶ Prueba de ello son las reservas y declaraciones interpretativas que, tras aprobación de la CIDPD, diversos países han formulado en relación con el art. 12 que, según algunos expertos, serían nulas al enfrentarse al espíritu de este tratado internacional (Vid. International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>). Resulta revelador del carácter polémico y al mismo tiempo central de este precepto el hecho de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano internacional de seguimiento de la CIDPD,



presente estudio, existen diferentes interpretaciones de este precepto que conducen a sustentar opiniones diversas en torno a la entidad de las reformas que es necesario emprender en los sistemas de incapacitación vigentes, también en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para cumplir con sus exigencias.

En el actual debate acerca del sentido de las previsiones contenidas en el art. 12 y su impacto en los Derechos internos adquiere una importancia esencial la “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” aprobada en la primera reunión extraordinaria de este órgano celebrada en mayo de 2011¹⁷. La interpretación del art. 12 de la CIDPD por la que se decanta esta Observación pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una renovación profunda de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica que permitirá que las personas con discapacidad puedan convertirse en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

2. El tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

Al igual que sucede en la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales, también la legislación de los Estados latinoamericanos considera la capacidad jurídica como una cuestión técnica¹⁸ cuyo tratamiento acomete, básicamente, desde una perspectiva iusprivatista¹⁹. Así, los aspectos generales de esta materia son regulados en la

dedicara en octubre de 2009 un día de debate general a discutir acerca del sentido y la aplicación del art. 12 (los materiales generados pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>) y que vaya a volver sobre esta temática en la sesión prevista para octubre de 2011 en relación con la cual ha solicitado el envío de *papers* acerca de las medidas teóricas y prácticas que deben adoptarse para la implementación del art. 12.

¹⁷ OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.

¹⁸ QUINN, G., “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>.

¹⁹ BARRIFFI, F., “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar”, cit., p. 356.



legislación civil – basada en el Derecho romano e inspirada en gran parte en el Código napoleónico – de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado²⁰. La capacidad jurídica es abordada, por tanto, en el espacio latinoamericano - enfoque común al adoptado en ordenamientos jurídicos de diferente tradición - como una cuestión de intervención en el tráfico jurídico y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo.

Como se adelantó, la legislación civil latinoamericana, si bien reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, permite, al igual que la normativa de la mayoría de los Estados parte de la Convención, la limitación o privación de la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad. Esta respuesta es expresión de la pervivencia del modelo médico en el tratamiento de esta cuestión²¹.

El modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas – sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras – que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y ejercer sus derechos de forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, las personas con cierto tipo de discapacidades que no encajan en este patrón “estándar” son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La solución que este modelo ofrece a las personas que – debido a sus deficiencias – tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero que sustituye a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como una pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica

²⁰ En la Colección “Capacidad Jurídica y Discapacidad” se han publicado una serie de cuadernos que analizan el tratamiento de la capacidad de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de diferentes países. Hasta el momento, y por lo que respecta al ámbito latinoamericano, se han publicado los cuadernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Méjico. Pueden consultarse en <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>

²¹ Sobre la relación de los modelos de tratamiento de la discapacidad con la regulación de la capacidad jurídica, Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, pp. 221- 257



del enfoque médico. Este modelo no considera problemática la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que la acepta como una restricción natural y necesaria para su protección²².

Desde estos presupuestos, a través de la institución de la incapacitación, interdicción, o inhabilitación (recibe diferentes denominaciones, pero en esencia su naturaleza es similar en los diferentes sistemas jurídicos)²³, la legislación civil de los países latinoamericanos, al igual que sucede en la práctica totalidad de los Estados parte de la Convención, considera la discapacidad como una condición personal que puede limitar o anular la capacidad jurídica de los individuos. La incapacitación se concibe como un mecanismo restrictivo de derechos y por esta razón su declaración requiere en todos los sistemas jurídicos de un pronunciamiento en sede judicial. La regulación del régimen de incapacitación y de las instituciones de guarda y protección, si bien difiere en algunos puntos en los diversos países de la región, es bastante coincidente en sus aspectos esenciales.

En efecto, la práctica totalidad de las legislaciones latinoamericanas arbitran un modelo de atribución de incapacidad por “estatus”²⁴ en virtud del cual, una vez que se establece que un individuo tiene una discapacidad, se presume su falta de capacidad jurídica. En el marco de este modelo, algunos sistemas jurídicos - como el argentino, el chileno o el uruguayo - establecen un sistema de atribución directa de incapacidad por razón de discapacidad que considera ciertas deficiencias como causas inmediatas de limitación o privación de la capacidad jurídica²⁵. Otros ordenamientos - como los de Brasil, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay, Venezuela - sin abandonar el modelo basado en el estatus, recogen un sistema de atribución indirecta de incapacidad por

²² PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, p. 9, disponible en www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc

²³ En todo caso, conviene aclarar que el término inhabilitación suele aplicarse en algunos sistemas (Argentina, Colombia, Perú), a la incapacitación parcial.

²⁴ DHANDA A, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pp. 438-456, p.431. Vid. también BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 362.

²⁵ BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en BARIFFI, F. y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, (en prensa).



razón de discapacidad que entiende que la deficiencia es causa de discapacidad únicamente cuando produce determinados efectos²⁶. Este elemento adicional, si bien es descrito de modo diverso en las diferentes legislaciones, se refiere siempre a la imposibilidad de autodeterminación de la persona²⁷. Aunque se afirma que el sistema de atribución indirecta no considera la discapacidad, por sí misma, como causa de incapacitación, siendo lo relevante su consecuencia, esto es, la imposibilidad de autogobierno²⁸, en realidad tiene la intención y, desde luego, el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad²⁹.

En cuanto al “tipo” de discapacidades que justifican la limitación de la capacidad jurídica, todos los sistemas jurídicos latinoamericanos contemplan las discapacidades mentales o intelectuales, a las que suelen aludir con términos ofensivos (dementes, locos, imbéciles, enfermos mentales, retardados). Pero, además, algunos Códigos civiles permiten también la incapacitación de personas con discapacidades sensoriales (personas sordomudas, ciegas, ciegosordas o ciegomudas)³⁰.

También en consonancia con los presupuestos del modelo médico, la normativa latinoamericana establece un sistema de sustitución en el que un tercero “capacitado” –

²⁶ Idem.

²⁷ Así, se permite la incapacitación de personas con deficiencias mentales o intelectuales cuando tengan “*el necesario discernimiento para la práctica de sus actos*” (Brasil); cuando tales deficiencias “*les impiden atender*” o “*proveer*” sus propios intereses (Costa Rica y Venezuela); cuando “*les priva de discernimiento*” (Guatemala), cuando provocan que la persona “*no puedan autogobernarse*” (México), o que no tengan “*la aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes*” (Paraguay). Este sistema es asumido también en la legislación española que establece que “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

²⁸ Vid. en relación con el sistema jurídico español PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el derecho privado español” en la obra BARIFFI, F. y PALACIOS A. (comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7 ESPAÑA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009, <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>

²⁹ PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

³⁰ En Argentina pueden ser incapacitados “*los sordomudos que no saben leer ni escribir*”, en Nicaragua “*los sordomudos y ciegos que no tengan la necesaria inteligencia*”, en Paraguay “*los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios*”, en Perú “*los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable*”.



un tutor o curador³¹ – decide por la persona con discapacidad. En el caso de la incapacitación absoluta esta sustitución se proyecta sobre toda la esfera de actuación de la persona, tanto sobre los actos de carácter patrimonial, como de carácter personal. En gran parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos –Argentina, Colombia, Perú, entre otros – se prevé la incapacitación parcial para los casos de discapacidades mentales o intelectuales leves que implica la prestación de asistencia exclusivamente para la realización de determinados actos. Sin embargo, esta figura se aplica con carácter excepcional y, además, la asistencia suele convertirse en la práctica en una sustitución de la persona en los actos afectados por esta medida.

La regulación del procedimiento de incapacitación en Latinoamericana muestra que la determinación de la concurrencia de las causas que justifican la restricción de la capacidad jurídica se basa en criterios netamente médicos sin que se tome en consideración la situación real y el entorno social de la persona. Así, se exige como única prueba imprescindible para determinar tanto la concurrencia y gravedad de la deficiencia, como de la imposibilidad de autodeterminación un dictamen médico. Además, el presunto “incapaz” es tratado como un mero objeto del proceso al que el juez no suele tener la obligación de escuchar y, en ocasiones, ni siquiera de “examinar”³². Y en la mayoría de los Códigos civiles no se prevé la obligación de respetar, o al menos de tener en cuenta, la opinión de la persona y no se establece la obligación de revisar de oficio la declaración de incapacitación³³.

Aunque la incapacitación puede afectar no sólo a la esfera económica, sino también a esferas personales, políticas y ciudadanas³⁴, la práctica totalidad de los preceptos de los Códigos civiles de la región – al igual que sucede, de nuevo, en otras regiones – se centran en la protección de los aspectos patrimoniales y casi no contienen disposiciones

³¹ En algunos sistemas, como en México, el tutor es quien sustituye a la persona incapacitada en la toma de sus decisiones y el curador quien vigila la labor desempeñada por el tutor.

³² Por ejemplo en el art. 633 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, se señala que “*Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación*”, y en el art. 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece que “*El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera*”.

³³ El art. 152 ter del Código civil argentino, a partir de la reforma introducida por la Ley 26657 de salud mental, establece que la declaración de incapacidad no puede extenderse más de tres años, lo que parece imponer su revisión obligatoria y de oficio.

³⁴ PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión”, cit., p. 9.



relativas a intereses de índole personal³⁵. La excepción la constituyen algunos derechos personalísimos en los que, cuando la sustitución se permite se regula específicamente y se reviste, en ocasiones, de algunas garantías especiales³⁶. La sustitución, sin embargo, se considera imposible en relación con otros actos –matrimonio, adopción, filiación, sucesión, voto – lo que supone la exclusión total de las personas incapacitadas de estas esferas.

Finalmente, interesa señalar que todas las demás normas sobre capacidad jurídica de la legislación latinoamericana se remiten a la regulación civil, por lo que las restricciones en este ámbito irradian en todos demás campos (en el ámbito procesal, laboral, político etc.)

3. El tratamiento de la capacidad jurídica en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos problemas interpretativos.

Bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” el art. 12 de la CIDPD contiene las principales disposiciones de este instrumento internacional en materia de capacidad jurídica. En todo caso, conviene tener presente que en esta materia y en la propia interpretación del art.12 adquieren también importancia otras disposiciones de este instrumento internacional, como algunas de las contenidas en su Preámbulo; el art. 1, que establece el propósito de este instrumento; el art. 2, que contiene la definición de personas con discapacidad el art. 3, que recoge los principios generales que deberán informar el resto del articulado o el art. 2 que se refiere a la noción de discriminación por motivos de discapacidad, entre otros. Y reviste relevancia también la filosofía propia del modelo social de discapacidad en el que se inspira la Convención.

Enfrentándose a la visión manejada por el modelo médico, el modelo social entiende que la capacidad jurídica es una construcción social que privilegia cierto tipo de

³⁵ BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 383.

³⁶ Es lo que suele suceder, en relación con los internamientos y tratamientos médicos involuntarios. En relación con los internamientos forzosos en ocasiones, pero no siempre, se exige autorización judicial (Perú), o, al menos, notificación a la autoridad judicial (México).



capacidades y habilidades cognitivas³⁷ consideradas “normales” y determinadas formas de desarrollarlas excluyendo a aquellas personas que no las poseen plenamente, o que las realizan de otro modo. Y considera, además, que la idea de normalidad no es más que un mito en la medida en que la mayoría de las personas consideradas “capaces” adoptan sus decisiones condicionadas por el contexto social, con el consejo o apoyo de los demás, de manera interdependiente y no siempre de forma racional³⁸ y que las dificultades que las personas con discapacidad pueden encontrar para el ejercicio de su capacidad jurídica no tienen su origen exclusivamente en las deficiencias individuales, sino también en la manera en la que hemos diseñado nuestro entorno, no sólo físico, sino también comunicacional, intelectual etc³⁹. Desde estas premisas, se defiende que no son las personas las que tienen que cambiar y superar sus “deficiencias” para merecer ser consideradas capaces. Es la construcción de la capacidad jurídica la que tiene que adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. Y a esa adaptación responde, precisamente, el contenido del art. 12 de la CIDPD.

Como antes se adelantó, existe en la actualidad una importante discusión en torno al sentido y las implicaciones de las previsiones contenidas en este precepto, especialmente, en lo que respecta al sentido y alcance de sus incisos 2, 3 y 4.

El primer inciso del art. 12 “reafirma” que las personas con discapacidad tienen “derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Se trata de una re-afirmación dado que se reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto de reforzarla⁴⁰. En efecto, previamente el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos había reconocido que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” El reconocimiento de la personalidad jurídica se erige en un requisito previo y en una precondition

³⁷ DHANDA, A., “Advocacy Note on Legal Capacity”, http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP_Legal_Capacity.doc y MINKOWITZ, T., “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf

³⁸ Inclusion Europe, “Key elements of a system for supported decision making”, <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>

³⁹ ASÍS ROIG, R. de, “Sobre la capacidad” en BARRIFFI, F. y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., en prensa.

⁴⁰ MEGRET, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, p. 503.



imprescindible para la adquisición de derechos y deberes y su negación supondría tratar a las personas con discapacidad como objetos, por lo que podrían ser privadas de todos los derechos, incluido el derecho a la vida.

Por su parte, el segundo inciso del art. 12 “reconoce” que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Se trata, ahora sí, de una disposición sin precedentes en el Derecho Internacional en torno a cuyo significado se han suscitado importantes controversias.

Una primera discusión, que fue, además, el debate más relevante en el proceso de negociación de la Convención, versa en torno al sentido del término “capacidad jurídica”. El concepto de capacidad jurídica es una noción compleja que abarca dos dimensiones: una dimensión estática que alude a la idoneidad para ser titular de derechos y deberes (que en algunos sistemas jurídicos se denomina capacidad de goce, capacidad de derechos, o simplemente capacidad jurídica) y una dimensión dinámica que se identifica con la aptitud material y real de poder ejercer esos derechos y deberes por uno mismo (que en algunos sistemas se denomina capacidad de actuar, capacidad de ejercicio, o capacidad de obrar). Pues bien, algunos planteamientos, sostienen que el término capacidad jurídica contenido en el art. 12 se refiere exclusivamente al elemento estático de la capacidad jurídica, esto es, a la capacidad de goce o de derechos, lo que permitiría mantener las restricciones de la capacidad de obrar o de ejercicio que contemplan en la mayor parte de las legislaciones nacionales y, como antes se expuso, también en las legislaciones latinoamericanas en relación con las personas con discapacidad. Sin embargo, desde otras posiciones y a mi juicio con mejores argumentos – entre los que pueden mencionarse las discusiones que se mantuvieron durante el proceso de negociación de la Convención, el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”⁴¹, los restantes incisos

⁴¹ Vid “Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>).



del art. 12⁴² y la interpretación sistemática con otras disposiciones de la Convención – se defiende que el concepto de capacidad jurídica del art. 12 incluye tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio.

En cuanto al reconocimiento de la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con los demás” existe cierto consenso en torno a la idea de que esta previsión implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe siempre presumir y que la discapacidad o las deficiencias, por sí mismas, nunca pueden ser una causa para restringir o limitar la capacidad jurídica, lo que supondría, además, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el art. 5 de la Convención⁴³. Es importante resaltar que esta consideración obligaría a reformar las legislaciones nacionales, también latinoamericanas, que asumiendo el modelo de atribución directa, automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinadas deficiencias y a revisar las legislaciones que acogen un sistema de atribución indirecta para determinar si los elementos adicionales que contemplan tienen el efecto de afectar exclusivamente o desproporcionadamente a las personas con discapacidad.

Ahora bien, la discusión surge a la hora de determinar si la presunción de capacidad jurídica se plantea como una especie de presunción *iuris et de iure*, lo que supondría el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad de un modo absoluto y sin excepciones o si, por el contrario, se trataría más bien de una presunción *iuris tantum*, esto es, de un principio general que permite excepciones justificadas⁴⁴. En relación con lo anterior, se debate también si el art. 12.2 se aplica a todas las personas con discapacidad o si, por el contrario, podrían existir exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad.

Cualquiera que sea el alcance que se otorgue a la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica, el inciso 3 del art. 12 obliga a los Estados parte de la Convención a

⁴² International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>. Ciertamente si el apartado 2 del art. 12 se refiriese únicamente a la capacidad de goce o de derecho resultaría redundante en relación con el apartado 1 y se quedaría sin sentido el apartado 3 que alude a los apoyos al ejercicio de la capacidad.

⁴³ PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citado; International Disability Alliance, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org> y BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y la Capacidad de obrar”, cit., p. 380.

⁴⁴ Idem, p. 379.



adoptar *“todas las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Es común entender que este inciso supone la plasmación del llamado modelo de apoyo en la toma de decisiones, propio del enfoque social de la discapacidad. Este modelo supone también la intervención de un tercero en la esfera de toma de decisiones de la persona con discapacidad, pero esa intervención no supone sustitución, sino asistencia en la decisión, y por tanto, no limita la autonomía de las personas con discapacidad, sino que la promueve y potencia⁴⁵.

Resulta evidente que la CIDPD obliga a los Estados a establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones. Pero a partir de aquí se suscitan numerosos interrogantes acerca de su alcance, su carácter, la manera de implementarlo etc. Y, además, se plantea la cuestión – estrechamente relacionada con la interpretación que se dé a la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica – de si el modelo de apoyo reemplaza absolutamente en la Convención al modelo de sustitución o si bien las medidas de apoyo deben operar como principio general, permitiéndose la intervención sustitutoria como excepción.

El inciso 4 del art. 12 establece la obligación de los Estados parte de asegurar *“que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”* especificando algunas de ellas (que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas). Pues bien, estas salvaguardias se han interpretado como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, por lo que se defiende que podrían consistir en medidas sustitutivas. Por el contrario, desde otra

⁴⁵ Tal y como se manejó en algunas versiones de esta disposición.



lectura estas salvaguardias se consideran garantías que se proyectan sobre los mecanismos de apoyo orientándose a evitar los abusos en su funcionamiento.

Finalmente, el art. 12.5 alude a la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos patrimoniales –propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y otras modalidades de crédito financiero– de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente. De nuevo, se plantea si el acceso a estos ámbitos debe garantizarse siempre a través de medidas de apoyo, o si cabe en este campo recurrir a los mecanismos de sustitución.

De lo expuesto se desprende que de la interpretación por la que opte en relación con las disposiciones del art. 12 depende el que puedan mantenerse con ciertas “mejoras” importantes – mejoras que consistirían, básicamente, en matizar el papel de las deficiencias en la atribución de incapacidad, en establecer junto con los actuales mecanismos de sustitución en la toma de decisiones mecanismos alternativos de apoyo y en garantizar las salvaguardias de su inciso 5 lo que exigiría, entre otras cosas, dar mayor participación a la persona e introducir controles periódicos – los sistemas de incapacitación vigentes en los países latinoamericanos y, conviene insistir, en la mayoría de los Estados parte de la Convención o que éstos deban ser totalmente desmantelados.

4. La interpretación del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz de la Observación del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada en 1999 y en vigor desde 2001, es el único instrumento convencional previo a la CIDPD de la ONU que se refiere a las personas con discapacidad. Aún reconociendo su carácter pionero, se ha



señalado, con razón, que su contenido se ve claramente superado por la CIDPD⁴⁶. Ciertamente, la Convención interamericana, a diferencia de la Convención de la ONU, se limita a señalar objetivos a alcanzar y a enumerar medidas genéricas a adoptar sin especificar obligaciones ni reconocer derechos⁴⁷. Igualmente se sostiene que, en virtud de la aplicación del principio *lex posterior* y del principio *pro homine*, en caso de ratificación conjunta de ambos instrumentos, deberá aplicarse la Convención de la ONU como el mayor estándar de protección de los derechos de las personas con discapacidad, en caso de conflicto⁴⁸ salvo prueba de mejor protección regional para alguna hipótesis concreta.⁴⁹

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Personas con Discapacidad⁵⁰ (CEDDIS) ha venido insistiendo en la necesidad de lograr la coordinación y complementariedad entre estos instrumentos y ha venido mostrando su preocupación por la discrepancia existente entre el art. 12 de la Convención de la ONU y el art. I.2 de la Convención Interamericana⁵¹ que, tras definir el término “discriminación contra las personas con discapacidad”, entiende en el último inciso de su apartado b que “*en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación*”.

⁴⁶ COURTIS, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Ante un Nuevo paradigma de protección?” en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*, México 2007, p. 76, disponible en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro11/III%20nuevo%20paradigma.pdf>.

⁴⁷ En este sentido, se ha señalado que la Convención Interamericana de 1999 es más un instrumento de “desarrollo social” que de “derechos humanos”, COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre discapacidad*, cit., pp. 435- 466, pp. 456 y ss.

⁴⁸ BARRIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 376 y PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

⁴⁹ COURTIS, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cit., p. 84.

⁵⁰ Este Comité, encargado del seguimiento de la Convención interamericana del 1999, celebró su primera reunión en 2007. Los documentos de estas reuniones pueden consultarse en http://www.oas.org/dil/esp/personas_con_discapacidad_comite.htm.

⁵¹ Ya en su segunda celebrada en 2008 el Comité resolvió “Tomar nota de la necesidad de profundizar en la discusión del artículo I 2. b) de la Convención Interamericana sobre la figura de la declaratoria de interdicción, teniendo en cuenta el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, a fin de tomar una decisión sobre ella en la Tercera reunión del Comité (Vid. Resolución CEDDIS/RES. 1/08).



En mayo de 2011 el CEDDIS adoptó una Observación General en la que pretende resolver esta discrepancia. En dicha Observación, el Comité parte de la consideración, en línea apuntada anteriormente, de que el art. 12 de la Convención de la ONU “reviste un carácter central en la estructura del tratado, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad” y de que a la hora de acometer las reformas necesarias para su implementación hay que tener en cuenta el “significado global” de la Convención “como *corpus iuris* del derecho internacional”. Igualmente insiste en la importancia que para la aplicación plena y efectiva de la Convención, y también de su art. 12, reviste la adopción del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Pues bien, de manera rotunda sostiene el Comité que el inciso b in fine del art. 12 de la Convención interamericana de 1999 “guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención de Naciones Unidas”. En todo caso, y debido a “las complejidades y trámites extensos” que comporta la reforma de la Convención Interamericana, el CEDDIS opta su reinterpretación “en el marco de la vigencia de la Convención de Naciones Unidas”. En esa reinterpretación el Comité se basa en una lectura del art. 12 de la CIDPD que se pronuncia sobre la mayoría de las controversias interpretativas analizadas en el anterior apartado.

Así, en primer lugar, el CEDDIS se decanta por una interpretación amplia del término capacidad jurídica contenido en el art. 12.2, afirmando que este precepto reconoce a las personas con discapacidad capacidad jurídica, en sus dos sentidos, “como capacidad goce y como capacidad de ejercicio” o como “capacidad jurídica y de obrar”.

El Comité asume, además, el criterio que se mantiene en el “Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención” en el que se afirma que “Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del art.12”. Desde esta visión, la regulación de la interdicción o incapacitación que contienen la mayoría de los Códigos civiles latinoamericanas debe considerarse, como señala el Comité, contraria a la CIDPD.



Basándose en la definición de personas con discapacidad que se recoge en el art. 1 de la CIDPD y en la obligación de establecer apoyos contemplada en el art. 12.3 – el CEDDIS mantiene que “la redacción del art. 12.2 incluye a todas las personas con discapacidad”. En este sentido, se afirma que la definición de personas con discapacidad que maneja la CIDPD es una definición inclusiva que menciona a ciertos grupos – personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo – que son, precisamente, a los que se les niega capacidad jurídica. Y se señala también que la objeción de que el paradigma de la capacidad jurídica universal podría no resolver los problemas de las personas con discapacidades más severas planteada durante los trabajos preparatorios, se solventa con la previsión de proveer apoyos y salvaguardias que evita que las personas con mayor necesidad de asistencia puedan quedar excluidas del reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad jurídica.

El CEDDIS sostiene que la Convención de la ONU “implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas”. Según el Comité, el derecho humano a la capacidad jurídica se enfrenta con el asistencialismo, que con el objetivo de proteger – “con las mejores intenciones” - permite que las personas con discapacidad sean sustituidas en la toma de sus decisiones por un tercero que asume que puede “decidir sobre sus deseos, elecciones y necesidades” sin consultarles ni hacerles partícipes. Para el CEDDIS el apoyo contemplado en la Convención como apropiado “se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad”. Este apoyo adecuado, a diferencia de los sistemas de protección sustitutivos, que contemplan a las personas con discapacidad como un “objeto tutelar”, se encamina, según el Comité, “a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran como ciudadanos y “como parte de la diversidad y de la condición humanas”. El Comité insiste además en la importancia de las salvaguardias – que concibe como garantías orientadas a evitar los abusos en el funcionamiento del sistema apoyo y no como medidas sustitutivas–



afirmando que la asistencia debe sustentarse en la confianza y proporcionarse con respeto y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. La regulación de la capacidad jurídica de conformidad CIDPD debe, por tanto, en opinión del Comité, defender “la autonomía de las mismas” reconocer “su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica” y proponer “un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario”, es decir, debe “partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias”.

Sobre la base de todo lo anterior, el Comité adopta un mandato de naturaleza jurídica y un mandato de naturaleza práctica. El primero consiste en “Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU”. El segundo solicita “al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación” e insta “a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo”. Este último mandato implica emprender, entre otras, las siguientes acciones “capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial,



sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones” y “tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos”.

Estos mandatos confirman que, en opinión del CEDDIS, el modelo de sustitución en la toma de decisiones es un modelo discriminatorio, que la presunción de capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad no admite excepciones y que el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución.

A mi modo de ver, la Observación del CEDDIS resulta trascendental en el camino hacia la armonización de la legislación de los países latinoamericanos con la Convención de la ONU. En efecto, la interpretación del art. 12 que la misma realiza deberá ser tenida muy en cuenta por aquellos Estados que son parte de la Convención interamericana y, además, de la Convención de la ONU – que a los efectos que interesan en este trabajo son la mayor parte de los Estados latinoamericanos - que difícilmente podrán justificar que reformas “tibias” y retoques “de detalle” de los sistemas de incapacitación vigentes – como en muchos procesos de revisión parece estar barajándose y no sólo en esta región – bastan para cumplir con la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica que sienta este precepto. Esta exigencia reclama, como bien señala el Comité, la derogación del procedimiento de incapacitación (y no solamente su maquillaje), el desmantelamiento del modelo de sustitución (de sus principios y de sus instituciones) y el establecimiento de un auténtico sistema de apoyo, que permita a las personas con discapacidad *tomar sus propias decisiones* y ejercer por sí mismas los derechos de las que son titulares.



Referencias bibliográficas:

.- ASÍS ROIG, R., “Sobre la capacidad” en F. BARIFFI, y A. PALACIOS, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, en prensa.

.- ASÍS ROIG, R. de, BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 83-113.

-. ASÍS ROIG, R. de, BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33.

.- BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO, L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390.

- “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, EDIAR, Buenos Aires, en prensa.



.- COURTIS, C, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 435- 466

- “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Ante un Nuevo paradigma de protección?”, en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*, México 2007, p. 76, disponible en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro11/III%20nuevo%20paradigma.pdf>.

CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, pp. 221- 257.

DHANDA A, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pp. 438-456.

- “Advocacy Note on Legal Capacity”, disponible en http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP_Legal_Capacity.doc

MACKAY, D., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, pp. 323-331.

MEGRET, F., “The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Humans Rights Quartely*, núm. 30, 2008, pp. 494-516.

MINKOWITZ, T., “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf.



PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

- *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.

PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, disponible en http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el derecho privado español” en la obra BARIFFI, F. y PALACIOS A. (comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7 ESPAÑA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009, disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>

QUINN, G., “Disability Discrimination Law in the European Union”, en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law for an Enlarged Europe: Towards a Greater Understanding of the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007

- “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en: <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>.



SAN JOSÉ GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007, pp. 1-26.

Otros materiales:

- “Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención”, A/HRC/10/48, disponible en:

http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc

- Inclusion Europe, “Key elements of a system for supported decision making”, disponible en:

<http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>

- Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, disponible en:

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>

- International Disability Alliance “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

- International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

- “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.

Revista Electrónica Iberoamericana

<http://www.urjc.es/ceib>

Vol 5, nº 2, 2011

