



CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Intervención de Agustina Palacios

**(Centro de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata,
agustina.palacios@uc3m.es)**

**CONSULTATION ON KEY LEGAL MEASURES FOR RATIFICATION AND
IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH
DISABILITIES**

24 October 2008

Geneva, Palais des Nations, Room XXI

Como quedó manifiestamente en evidencia en los momentos previos a la adopción del texto final de la Convención, el artículo 12 sobre capacidad jurídica y personalidad jurídica generó grandes disputas, desde el momento en que hubo conciencia del potencial cambio que dicho artículo podría generar.

El marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de



intervención de terceros. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución de la toma de decisiones”, el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención, aboga por un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”.

Las principales disposiciones relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se encuentran recogidas especialmente en el artículo 12 (y a dichas efectos me referiré en sentido general, al “artículo 12”) pero debemos ser conscientes que la correcta interpretación del artículo 12 debe realizarse de modo sistemático con toda la Convención, pero muy especialmente con relación al artículo 2 (definición de discriminación por motivo de discapacidad) el artículo 5 (no-discriminación), el artículo 14 (libertad y seguridad), el Artículo 15 (protección contra tortura), el artículo 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), el artículo 17 (integridad personal) y el artículo 19 (vida independiente e inclusión en la comunidad).

Asimismo, en lo atinente a las medidas encaminadas a la implementación del artículo 12, deberán ser tenidas en cuenta de igual modo las cuestiones mencionadas.

El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención: es decir garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. Los trabajos preparatorios y todo el debate previo muestran que si bien el modelo social fue más fácilmente aceptado con respecto a la diversidad funcional física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a diversidades psicosociales o intelectuales se trate.

El modelo de asistencia en la toma de decisiones reemplaza en el texto de la Convención al modelo de sustitución. Como principio parece existir a esta altura un importante consenso, pero aun quedan por seguir desarrollando los fundamentos teóricos del modelo de asistencia, y mucho más los métodos instrumentales de implementación de dicho modelo en los diferentes sistemas jurídicos internos.

Mientras tanto, las personas con diversidades psicosociales o intelectuales viven una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos humanos atañe. Y



estos derechos se relacionan con cuestiones que tienen que ver con la institucionalización "por motivo de discapacidad", la privación de libertad "por motivo de discapacidad", las esterilizaciones forzadas "por motivo de discapacidad", la falta de garantías en los experimentos médicos o científicos "por motivo de discapacidad", los tratamientos forzosos "por motivo de discapacidad", violaciones a la integridad personal "por motivo de discapacidad" y restricciones en el ejercicio de la maternidad, la paternidad o el matrimonio "por motivo de discapacidad", entre otras tantas violaciones de derechos.

Esto nos lleva a reflexionar sobre las importantes consecuencias que puede tener el modo en que se logre plasmar el cambio de paradigma que nos plantea el artículo 12.

Dicho esto, propongo identificar un serie de cuestiones que podríamos discutir a continuación. Aunque el debate por supuesto está abierto para todos los temas que los presentes consideren relevantes en este materia.

Simplemente para sistematizar la discusión, les propongo los siguientes puntos.

1) La CDPD como el mayor estándar de protección universal de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

A esta altura parece indudable que la Convención propone un cambio de paradigma en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, este cambio, desde una perspectiva legal implica el establecimiento de una norma internacional emergente y sin precedentes en el derecho internacional, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el ámbito de la discapacidad.

Esto plantea algunas cuestiones legales que requieren de mayor profundización, puesto que como se ha señalado ya por muchos expertos y por la sociedad civil, existen normas de derecho internacional que se encuentran en colisión con el nuevo modelo estipulado en la CDPD.

Ejemplos de dichas normas los podemos encontrar en:

- 1 Los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la



- atención de la salud mental (principio 1.6, o 11.6, 11.15),
- 2 Las Reglas mínimas normalizadas para el tratamiento de los prisioneros, (principio 82),
 - 3 La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículo 1.2.b),
 - 4 El Convenio de Oviedo sobre Bioética y Derechos Humanos del Consejo de Europa de 1997 (artículos 6, 7 y 8),
 - 5 En algunas interpretaciones del tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El conflicto jurídico entre la CDPD y las normas no vinculantes se resuelve claramente a favor de la Convención, aunque la falta de apoyo del *soft law* nos impedirá seguramente sostener, al menos a corto plazo, el carácter consuetudinario de la regla del artículo 12.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha realizado algunas interpretaciones que hoy estarían en conflicto con lo estipulado en la CDPD. Aunque sentencias más recientes parecen evidenciar un cambio de perspectiva en este sentido, nos resta por determinar cómo deberán resolverse cuestiones relativas al ejercicio la capacidad jurídica de las personas con discapacidad por los tribunales internacionales de derechos humanos que existen a nivel regional (Europa, América, África). Ante el silencio de los Tratados regionales de derechos humanos al respecto, parece claro que la regla de la CDPD debe primar sobre cualquier otra interpretación. No obstante existen normas vinculantes de carácter regional que claramente contradicen lo estipulado por la CDPD.

El conflicto jurídico entre la CDPD y las otras fuentes convencionales de carácter vinculante plantea mayores inconvenientes en la medida que se quiera considerar la primacía de un derecho regional. Mediando consentimiento del Estado en cuestión a través de la ratificación de la CDPD debemos considerar que la Convención es *lex posterior* y, sobre todo, que en aplicación del principio *pro-homine*, debe primar como el mayor estándar de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Esto a su vez lo debemos tener en cuenta al momento de considerar la validez de una reserva en relación con la regla del artículo 12.



Cuestiones a debatir:

Sabemos que hay varios avances en este sentido. Sin embargo, ¿Se hace necesario realizar un estudio formal respecto de las normas internacionales (esto es, del sistema universal y de los sistemas regionales) que puedan estar en colisión con la Convención?

Una vez detectadas las incongruencias, ¿cómo resolver el conflicto jurídico entre normas de la CDPD y otras normas de derecho internacional?

¿Cómo comenzar a consolidar una práctica uniforme que contribuya a la formación de una norma consuetudinaria?

2) La interpretación del término “capacidad jurídica” recogida en el artículo 12 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los trabajos preparatorios.

Como bien todos sabemos, a partir de la Quinta Sesión del Comité Especial, se comenzó a suscitar un evidente conflicto en relación con la interpretación del término “capacidad jurídica” que se pretendía incluir, en el entonces artículo 9 del borrador de Convención. No es momento aquí para profundizar esta cuestión, sino más bien de traer a la reflexión, la interpretación de dicho término según las reglas de interpretación jurídica del derecho internacional.

Cabe en este punto citar el exhaustivo informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “capacidad jurídica”. Dicho informe ofrece una aproximación general sobre el modo en el cual los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica” son utilizados en los tratados de derechos humanos existentes, y en algunos sistemas nacionales específicos.

Haciendo uso de las técnicas de interpretación del derecho internacional, el informe explora las disposiciones análogas como el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y disposiciones similares de los tratados regionales de derechos humanos, o como el artículo 15.2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de



Discriminación contra la Mujer, para concluir que del análisis de contexto histórico de negociaciones del artículo 16 del PIDCP y del artículo 15(2) de la CEFDM, al igual que la evaluación del modo en el cual los términos “capacidad jurídica” y “personalidad jurídica” (o sus equivalentes) son utilizados en los diferentes ordenamientos jurídicos, muestran que ambos términos son diferentes.

El derecho al reconocimiento a la “personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos.

El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico).

Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas.

Parece a esta altura claro que el contenido de la “capacidad jurídica” en la Convención incluye tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.

Cuestiones a debatir:

Ahora bien, si esto es así: ¿Podría un Estado emitir una reserva o una declaración interpretativa que restringiera en alguno de los dos sentidos la interpretación de este término en su derecho interno?

3) Causas que permiten la incapacitación o interdicción de personas con discapacidad y el derecho a la no-discriminación. Esto es, la validez de la interdicción a la luz de la CDPD.



La interdicción o incapacitación (registra diferentes nombres en los diferentes derechos nacionales) se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a limitar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que la va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida.

Tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la diversidad intelectual, y la discapacidad psicosocial eran (son) causales de incapacitación. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de limitar de un modo absoluto la capacidad jurídica de la persona, lo que se suele denominar como interdicción o incapacitación total, que comprende todos los aspectos significativos de carecer personal (matrimonio, adopción, alistamiento en fuerzas armadas etc.) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar etc.) del individuo.

Una ligera evolución del sistema clásico de interdicción (pero que sigue partiendo desde el modelo de sustitución) ha sido la inclusión en muchos Derechos nacionales de la figura de la interdicción parcial, o dicho en otras palabras, la limitación parcial de la capacidad jurídica determinando de un modo específico los aspectos de carácter personal y patrimonial en los cuales a la persona se la sustituye en la toma de decisiones.

Esta herramienta de la interdicción (ya sea total o parcial) se ha concebido y configurado desde un modelo netamente médico de la discapacidad, y desde la concepción de que determinadas personas con discapacidad carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones. Es una herramienta elemental del modelo de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones.

Por tanto, si partimos desde el modelo social que ha inspirado filosóficamente a la Convención, y volviendo a partir desde el propio propósito del instrumento, y los principios y valores recogidos en el artículo 3 como también la columna vertebral de la igualdad, parece no quedar lugar para una institución como la incapacitación dentro de la fórmula de: "igualdad en la capacidad jurídica".

De este modo, a la luz del artículo 12, se hace necesario establecer medidas para la implementación del modelo de asistencia en la toma de decisiones (que es el que vendría a



reemplazar al anterior). Algunas de estas medidas podrían ser:

En primer lugar, reformar las legislaciones, eliminando cláusulas claramente discriminatorias que contengan causas de interdicción que sean la consecuencia directa de una discapacidad (por ejemplo los sordo-ciegos que no puedan darse a entender por escrito son incapaces absolutos).

En segundo lugar, reformar las legislaciones, eliminando cláusulas que, mediante una referencia indirecta a una discapacidad, tiene la intención o el efecto de incluir únicamente a personas con discapacidad (por ejemplo: son causas de incapacitación las deficiencias o enfermedades que impidan a la persona gobernarse por sí mismos).

En tercer lugar, y esto requerirá de estudios más profundos y medidas más complejas, parecería necesario reformar las legislaciones eliminando ya de lleno la institución de la incapacitación. Ahora bien, eliminar la institución de la incapacitación requerirá de la construcción de otra institución que la reemplace, que podría denominarse "proceso de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica". (No estoy proponiendo este término, que reconozco como muy extenso, sino intentando transmitir la idea y la filosofía de esta nueva institución).

Para llevar adelante este proceso de reemplazo de distintas instituciones jurídicas, habrá que tener en cuenta:

- el desarrollo de propuestas para la nueva institución, que reemplazaría a la incapacitación y a la figura del representante legal.

- la nueva figura debería estar configurada claramente (al menos los principios claves, ya que luego los distintos ordenamientos jurídicos variarán sobre todo en cuestiones procedimentales).

- en este proceso habrá que tener en cuenta (para la consulta y luego la instrumentación) a determinados actores claves, habrá que definir quiénes son.

- una vez delineada la institución y su configuración, los Estados deberán ser concientes



de que el cambio será gradual, y por tanto quizás en determinado tiempo puedan tener que coexistir ambos sistemas.

-en todo este proceso es necesario contar con recursos para abordar estas cuestiones. Me refiero tanto a recursos financieros como a recursos humanos para realizar una labor didáctica y de capacitación a todos los involucrados. En este sentido la participación de las persona con discapacidad es (como en todas las demás) un factor esencial.

Cuestiones a debatir:

¿Se hace necesaria la eliminación por parte de los Estados de la figura de la incapacidad -tanto total como parcial-, o es posible mantenerla con ciertas reformas?

¿Existen ya experiencias y/o propuestas concretas sobre la nueva figura que reemplazaría la incapacidad?

¿Quiénes deben participar en el diseño de propuestas a estos efectos? ¿Quiénes son los actores claves?

¿Cuál es la mejor solución para el momento de transición desde una figura a otra? ¿Qué medidas deberían adoptarse para el "mientras tanto"?

4) El sistema de apoyo en la toma de decisiones (SATD)

Seguramente el concepto que marca más claramente el cambio de paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de personas con discapacidad es el de la "figura de apoyo" prevista en la propia Convención.

La lectura comprensiva del artículo 12 con todas las disposiciones de la CDPD nos permite sugerir algunas conclusiones:

Reemplazo: La CDPD parece no sólo obligar a incorporar el SATD sino más bien a reemplazar con el mismo los sistemas existentes de sustitución como la tutela o la curatela. Ello sin perjuicio de un período de transición razonable.

Complejo: Se trata de un sistema complejo que no sólo requerirá de reformas



legales, sino también de una acción política del Estado que garantice, entre otras cuestiones, educación y recursos financieros adecuados. Es por ello que no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela en las legislaciones nacionales.

Diversos: Es preciso comprender que para que el SATD cumpla su cometido y resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales.

Para que ello sea posible, es necesario diferenciar entre diferentes tipos de “apoyo”. Esta diferenciación debe establecerse en un primer lugar en relación con el tipo de acto jurídico, y en segundo lugar en relación con el tipo de figura de apoyo adecuado. En relación con lo primero, es preciso diferenciar entre actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En relación con lo segundo señalado, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapte a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un *ombusman*.

Cuestiones a debatir

¿Es posible identificar experiencias del derecho comparado que puedan servir de base para la implementación del SATD que recoge la Convención?

¿Qué figuras existentes pueden resultar viables para desarrollar el sistema de apoyo? por ejemplo ¿el asistente personal? ¿un defensor del pueblo? ¿un familiar? ¿una figura mixta?

El procedimiento de instauración del sistema de apoyo ¿será judicial? ¿podrán intervenir otros actores, como por ejemplo notarios o asociaciones específicas a dicho fin?

5) Salvaguardias para la implementación del SATD

El inciso 4 del artículo 12 obliga a los Estados a adoptar salvaguardias tendientes a



evitar abusos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque las salvaguardias deberán considerarse en la implementación del SATD en cada contexto específico de cada Estado, la Convención identifica una serie de ámbitos donde apuntar.

- que se 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;

- serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Teniendo esto en cuenta, parece importante prever, entre otras, las siguientes situaciones:

- Conflictos entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad. Es importante prever esta situación desde una perspectiva legal de un modo que tanto la persona con discapacidad, la persona de apoyo y eventualmente el tercero que interviene en el acto, tengan seguridad jurídica para actuar libremente.

- Anulación de actos manifiestamente contrarios a los intereses de la personas con discapacidad. Independientemente de que la persona con discapacidad adopte una decisión en la realización de un acto jurídico determinado, es importante establecer salvaguardias para permitir la anulación de dicho acto cuando supone un gran perjuicio para la persona, y respetando los intereses de terceros de buena fe.

- Rendición de cuentas. Aunque la persona de apoyo no intervenga directamente en la



celebración de un acto, e incluso en la situaciones en la cuales no administre bienes, es importante que la normativa establezca salvaguardias para garantizar la transparencia y claridad de las acciones de la persona de apoyo.

Cuestiones a debatir:

¿Cuál es la relación entre las salvaguardias del inciso 4 del artículo 12 y el SATD del inciso 3?

¿Es posible enumerar una serie de salvaguardias que resulten aplicables en todos los casos?

6) Otras cuestiones íntimamente relacionadas con el régimen de capacidad jurídica de la CDPD

Por cuestiones de tiempo y de materia, no profundizaré en este momento en lo siguiente, pero si es preciso destacar, que estas cuestiones constituyen una consecuencia directa del régimen general de capacidad jurídica, ya que en la práctica guardan una relación estrecha con lo estipulado en el artículo 12, y por tanto deben considerarse en su conjunto.

Por ello propongo que en el debate de este punto o donde ustedes consideren oportuno, abordemos las siguientes cuestiones a la luz de la CDPD:

- 1 Internamientos forzosos
- 2 Institucionalizaciones
- 3 Esterilizaciones
- 4 Intervenciones médicas sin consentimiento

Muchas gracias, y les cedo la palabra para el debate.