

CAPACIDAD JURIDICA Y DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

ACADEMIA EUROPEA DE DERECHO.

Jose Javier Soto

Dicen que el tiempo pone las cosas en su sitio.

En diciembre se habrán cumplido cinco años desde que la Organización de Naciones Unidas, en su sesión de 13 de diciembre de 2006, aprobara la Convención de los derechos las personas con discapacidad .

Tiempo para que los estados ratificaran el texto, para que los legisladores, tribunales, y profesionales del derecho lo conocieran.

Tiempo para ponderar las distancias entre las legislaciones vigentes y el texto y los propósitos de la Convención.

Tiempo para conocer otras respuestas.

Para preguntarse ahora, en este momento, si estamos después de casi cinco años en el mismo sitio .En aquel donde en todas partes del mundo se siguen vulnerando los derechos de las personas con discapacidad, en donde el Estado sigue instalado en el conformismo, en la autocomplacencia de los que aplican el Derecho.

O si estamos en el camino que señaló de forma clara ese 13 de diciembre de 2006 .El camino hacia la dignidad y la igualdad de todas las personas.

LA CAPACIDAD, EL PUNTO DE PARTIDA.

Esta es quizás mi primera impresión sobre la respuesta a la anterior pregunta.

En la relevancia que se dé a la persona, en el reconocimiento de su valor, de su autonomía.

Y en ese camino, no es redundante la manifestación de que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, que enmarca el artículo 12 de la Convención.

Y no lo es a la vista de la historia, ni la realidad, en el 2006 o en el 2011, y mucho menos en un tratado internacional en que confluyen sociedades tan diversas.

Ese igual reconocimiento como persona ante la ley obliga a los estados a reconocer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y en consecuencia a proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Obliga a los estados a proporcionar salvaguardias para impedir los abusos, en las que los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona son la base de las medidas para el apoyo, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Más allá de los debates sobre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”⁽¹⁾- que sí tienen alcance tras las

¹ En relación a las discusiones sobre el concepto de capacidad se suele poner de relieve que en el borrador de Agosto de 2006 del Octavo período de sesiones, anterior al texto definitivo, el artículo 12 iba acompañado de algo cuando menos inusual : una nota a pie de página que decía “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos “ y no a la “capacidad de obrar “.

Ello motivó una reacción inmediata de la que es ejemplo una de las conclusiones del seminario informativo sobre la convención celebrado por el Cermi el 26 de Septiembre de 2006:” El Cermi se adhiere a las peticiones promovidas desde diferentes instancias, tanto públicas como de representantes de la sociedad civil, solicitando enérgicamente la supresión de la nota a pie de página incluida en el artículo 12 de la Convención, dedicado a la igualdad ante la ley “

declaraciones y reservas efectuadas al texto-(²) es a mi juicio destacable sobre todo el punto de partida .

Y este es la persona.

Por ello, tras la constancia de la igualdad, el artículo 12 no pretende a mi entender dar lugar a excepciones que en la práctica desvirtúen esta afirmación, sino que hace un esbozo de cual debe ser el marco en que hacerlo posible sin llegar a una regulación completa de esos sistemas de apoyo.

Especialmente destacable es el respeto a la voluntad y preferencias de las personas, en que se exige al estado la diligencia debida para conocerla y aplicarla, ámbito en que además cobran especial valor las manifestaciones previas ante una futura discapacidad. (³)

Así, el artículo 12 de la Convención en su versión definitiva dice que:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la Ley.

1. Los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvo a guardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de

² Las Declaraciones y reservas pueden verse en el anexo al texto.

³ En este sentido son de interés las declaraciones legales preliminares de la legislación de Hungría, el mandato de protección futura de Francia y el poder preventivo del Código Civil español y del Derecho foral catalán, así como la legislación sobre esta misma materia de Canadá, Nueva Zelanda y Australia

conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de 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 y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente, e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Pero si este es el texto, para responder a la pregunta inicial, es importante fijarnos una serie de referentes: Análisis de los trabajos en el seno del comité de derechos de las personas con discapacidad, manifestaciones del movimiento asociativo, opiniones doctrinales, reformas legislativas producidas y pronunciamientos judiciales. .

I-El Comité de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas en relación al artículo 12 de la Convención.

Especial atención merece en el seno de Naciones Unidas el trabajo del Comité de los derechos de las personas con discapacidad.

Sus funciones se recogen en los artículos 34 a 39 de la Convención, y en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Con carácter previo es interesante el informe realizado el **26 de enero de 2009**, que a continuación se transcribe en lo referente al artículo 12

“INFORME ANUAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIO GENERAL

4. Reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar

43. Según el artículo 12 de la Convención, los Estados partes reconocerán la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás. Los párrafos 3 y 4 del artículo 12 obligan a los Estados a proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, así como salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Debe resaltarse el carácter central de este artículo en la estructura de la Convención y su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos.

44. El párrafo 1 del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad requiere un examen a fondo de toda la legislación civil y penal que contenga elementos de capacidad jurídica.

45. En el ámbito del derecho civil, las leyes que regulan la incapacitación y la tutela deben ser una esfera prioritaria del examen y la reforma de las leyes. En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacitación jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12. Además de derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con

discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho, de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12. Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía; a disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistida, entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad.

46. También deben abolirse las normas o leyes que inhabilitan a una persona para desempeñar un cargo o función debido a su discapacidad. Esto incluye las normas que inhabilitan a las personas con discapacidad para ejercer cargos políticos, formar parte de jurados o testificar.

47. En el ámbito del derecho penal, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lleva a suprimir la circunstancia eximente de la responsabilidad penal constituida por la discapacidad mental o intelectual⁴. Por consiguiente, al examinar el elemento subjetivo del delito, se debe prescindir de la discapacidad y atender a la situación concreta del autor. De conformidad con el artículo 13 de la Convención, tal vez sea necesario retocar las normas procesales referidas, tanto a la fase de instrucción como al juicio, y ponerlas en práctica.”

En relación al trabajo del Comité, es asimismo destacable el **día de discusión general sobre el artículo 12, celebrado en Ginebra el 21 de Octubre del 2009.**

En él, Mohammed Al-Trawneh, Presidente de la Comisión, dijo que era una desafortunada circunstancia histórica el que las personas con discapacidad hubieran tenido poco recurso legal en todo el mundo. Los derechos fundamentales habían sido subyugados en el pasado, y en algunos lugares lo siguen siendo hoy en día, para las personas con discapacidad. Las formas de discriminación a que se enfrentan abarcan casi todas las esferas de influencia en sus vidas, que van desde la comunicación y la

⁴ Often referred to as "insanity defence".

arquitectura, hasta el transporte y las normas y políticas que ahogaron su potencial inherente. Ellos también habían sido testigos de los efectos de la desigualdad ante la ley, y habían reconocido su carácter inaceptable

Había muchas partes de la Convención que no se prestan a interpretación, y que estaban destinados a proporcionar modelos explícitos para el tratamiento de las personas con discapacidad, dijo el Sr. Al-Tarawneh. El artículo 12, dio una indicación clara de la dirección en la que tenían que ir; garantizó el derecho al igual reconocimiento como persona de todos ante la ley, aseguró que todos los individuos deben ser reconocidos como personas ante el tribunal, y en todas las formas de interacción con la corte. Para aquellas personas con ciertas formas de discapacidad que no pudieron ejercer su capacidad por sí solos, la Convención exige que los Estados proporcionen siempre las medidas adecuadas a las personas para apoyarlos en la realización de su capacidad de actuar.

Los tribunales tienen la responsabilidad de ejercer la tutela significativa. Incluso en el caso de los intermediarios designados por el tribunal, tenía que haber un mecanismo de supervisión para garantizar que los asistentes estaban trabajando únicamente en el interés de los asistidos. Las salvaguardias tuvieron que ser puestas en marcha para luchar contra el interés personal o financiero que pudiera interferir con los intereses de la persona que recibe asistencia. El logro de estas normas para el apoyo intermediario requerirá regulación y formación, dijo el Sr. Al-Tarawneh.

Algunas de las circunstancias más difíciles se referirían a situaciones en las que la determinación de la voluntad de las personas con discapacidad mental extrema no fue directamente posible. ¿Dónde se puso la línea de la autoridad para la intermediación de terceros en estos casos? ¿Cuánta flexibilidad interpretativa se les debe dar y cómo podría esto ser legislado? También hay que tener en cuenta la necesidad de objetividad entre permitir que la justicia se cumpla y reconocer la realidad de la discapacidad mental grave, dijo el Sr. Al-Tarawneh. Cuando las personas puedan ser consideradas peligrosas para sí mismas, el apoyo tenía que ser de un tipo extraordinariamente profesional, educado, y especializado.

Aunque no está directamente sobre el artículo 12, también deben ser conscientes de las declaraciones en que fueron hechas por los Estados Partes al convertirse en signatarios de la Convención. A modo de ejemplo, el Reino Unido declaró que los derechos a la igualdad de trato y el empleo no debe aplicarse a cualquier forma de servicio militar. Sin embargo, esta declaración evitó reconocer el espectro de tareas que uno podría realizar en el servicio militar. Cuando el objetivo sea la igualdad jurídica en todos los ámbitos de la vida, deben ser extremadamente cuidadosos de tales reservas, dijo el Sr. Al-Tarawneh.

El objetivo de la Convención no fue exclusivamente sobre los derechos abstractos, sino sobre la capacidad de las personas a actuar, dijo el Sr. Al-Tarawneh. Los derechos de las personas con discapacidad se habían establecido antes, pero la verdadera prueba de un derecho era si se aplicó o no en la práctica. ⁽⁵⁾

Ibrahim Salama, Jefe de la Subdivisión de Tratados de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en una declaración de apertura, dijo que hoy sería el examen de dos cuestiones, ambas en torno al tema del reconocimiento de la igualdad ante la ley. Se espera que a través de sus discusiones, como mejor y consolidó una mayor comprensión de estos temas se alcanzaría, que iban a avanzar en la comprensión de las acciones necesarias para la aplicación del artículo 12

El artículo 12 tiene el potencial para proporcionar muchas oportunidades de un cambio significativo a las personas con discapacidad para alcanzar la igualdad de todos ante la ley, dijo Salama. Los objetivos de la Convención no sería tan amplios sin las garantías de un juicio justo. Hubo muchas preguntas interesantes que se han planteado en el artículo 12.

Uno de los problemas era el de la decisión apoyada frente a la decisión sustitutiva en los tribunales, dijo Salama. En el caso de discapacidad mental, ¿en qué circunstancias sería aceptable tomar decisiones en nombre de un individuo a través de la tutela, los

⁵ NB. Traducción del autor.

Texto en inglés disponible en:

<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9547&LangID=E>

defensores del pueblo u otros servicios pertinentes, y cómo deberían ser llevados a cabo estos servicios?

Mientras que el artículo 12 no menciona específicamente el uso de apoyo para las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales, se pidió que los Estados el uso de medidas apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, dijo el Sr. Salama . Puede ser que el apoyo en la toma de decisiones podría aplicarse a la gran mayoría de los casos, pero que tal vez un pequeño porcentaje no sería capaz de utilizar este tipo de asistencia.

Otra pregunta tenía que ver con la llamada "defensa de la locura". ¿Deben los tribunales reconocer que en ciertas situaciones, algunas formas de discapacidad podría llevar a la falta de responsabilidad por los delitos? Había quienes sostenían que este tipo de defensa debería ser abolida en los tribunales, dado el reconocimiento de la capacidad de actuar. Pero no fue del todo claro qué debe hacerse en los casos de delincuencia en que el autor experimentó una pérdida genuina de la voluntad propia? El equilibrio estaba tal vez en el proceso de determinar qué constituye la pérdida de la facultad, dijo Salama.

Todas estas preguntas tenían un significado importante para la interpretación del artículo 12 y las formas en que se aplicaba la Convención. Fue a través de los principios de inclusión e integración que el artículo 12 deriva su significado, y fue a través de ellos que iban a encontrar su mejor aplicación, dijo Salama. ⁽⁶⁾

Amita Dhanda, Consultor en el artículo 12 de la Convención, de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dijo que el artículo 12 estaba en el corazón de la Convención. Es importante observar de cerca si se quería tomar en serio abordar el problema de la exclusión. Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial habían estado, en gran parte, a la vanguardia de las negociaciones cuando se redactó el artículo 12. El artículo 12 se había formulado aceptando totalmente la visión de las inclusiones para todos, incluidas las personas con discapacidad

⁶ NB. Traducción del autor.

Texto en inglés disponible en:

<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9547&LangID=E>

sensorial, física, intelectual y psicosocial. Era sumamente apropiado que el Comité hubiera tomado este artículo como el primero que ha querido mirar de cerca

La Sra. Dhanda también se refirió al proyecto del Manual de Capacidad Legal de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En este documento se pondría de relieve la discriminación existente entre las leyes actuales y las obligaciones basadas en el artículo 12. Esto ayudaría a los países en la planificación de la reforma legal, la política y la programación. El artículo 12, habló a toda la comunidad humana. No había duda o mala interpretación de las disposiciones del artículo 12. Lo que había que trabajar era acerca de la forma de garantizar su aplicación.

La Sra. Dhanda presentó a continuación dos ejemplos de proyectos de reformas a las leyes que se habían producido en la India y Hungría - dos países que habían estado entre los primeros en ratificar la Convención. ⁽⁷⁾

En el **Quinto período de sesiones del Comité**, celebrado en Ginebra del **11 al 15 de Abril de 2011**, se citan los informes iniciales cuyo examen está pendiente a esa fecha, además del examen del informe inicial de Túnez, y la aprobación de la lista de cuestiones sobre el informe de España ⁽⁸⁾.

⁷ NB. Traducción del autor.

Texto en inglés disponible en:

<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9547&LangID=E>

⁸ **Presentación de informes por los Estados partes en virtud del artículo 3 de la Convención**

El Comité ha recibido los siguientes informes iniciales cuyo examen está pendiente:

<i>Estado parte</i>	<i>Fecha en que debía presentarse</i>	<i>Fecha de recepción</i>	<i>Signatura</i>
Argentina	2010	6 de octubre de 2010	CRPD/C/ARG/1
Australia	2010	3 de diciembre de 2010	CRPD/C/AUS/1
Austria	2010	2 de noviembre de 2010	CRPD/C/AUT/1
Azerbaiján	2011	16 de febrero de 2011	CRPD/C/AZE/1
China	2010	30 de agosto de 2010	CRPD/C/CHN/1
El Salvador	2010	5 de enero de 2011	CRPD/C/SLV/1

En relación a Túnez, y a propósito del artículo 12, el Comité dice:

“22. Al Comité le preocupa que no se han adoptado medidas para reemplazar la sustitución en la toma de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

23. El Comité recomienda al Estado Parte que revise las leyes que permitan la guarda y tutela, y tomar medidas para desarrollar leyes y políticas para reemplazar los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones. Además, recomienda que se sensibilice sobre este tema a todos los funcionarios públicos pertinentes y otras partes interesadas.”(9)

En relación a España, del informe inicial presentado por España como estado parte, de conformidad con el artículo 35 de la convención, España afirma en relación a los apartados 1 y 2 del artículo 12 que dado que las personas con discapacidad tienen reconocida personalidad jurídica e igual capacidad jurídica que las demás personas hay que afirmar la plena compatibilidad del ordenamiento jurídico en relación a las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 12.

En relación al apartado 3, obligación de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, se afirma que “quedaría cubierta por las instituciones de guarda y protección de la persona y

España	2010	3 de mayo de 2010	CRPD/C/ESP/1
Hungría	2010	14 de octubre de 2010	CRPD/C/HUN/1
Paraguay	2010	21 de octubre de 2010	CRPD/C/PRY/1
Perú	2010	8 de julio de 2010	CRPD/C/PER/1
Suecia	2010	7 de febrero de 2011	CRPD/C/SWE/1
Túnez	2010	1º de julio de 2010	CRPD/C/TUN/1

Texto completo disponible en

http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/5thsession/CRPD.C.5.1_sp.doc

⁹ NB. Traducción del autor.

Texto en inglés disponible en:

http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/5thsession/CRPD-C-TUN-CO-1_en.doc

bienes, o solamente de la persona o de los bienes del incapacitado“.

Se afirma asimismo en relación al apartado 4 que las salvaguardas de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica “subyacen en nuestra legislación en la medida que seguidamente se indican “.

“El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, está reflejado básicamente en el artículo 268 del Código Civil en cuanto obliga a los tutores a ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica “ .

“La inexistencia de conflicto de intereses está prevenida en el Código Civil, artículo 244-4...y 247...el artículo 221 prohíbe a quien desempeñe un cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses “.

Inexistencia de influencia indebida. “Esta salvaguarda no está recogida expresamente en la vigente regulación, aunque puede considerarse implícita en los artículos 268, ya comentado, y 216, en cuanto exige ejercer las funciones tutelares en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial . “

Proporcionalidad y adaptación a las necesidades y circunstancias de la persona con discapacidad. ”De conformidad con el artículo 760 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y en relación con los artículos 267, 289 y 290 del Código Civil la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta ...”

Aplicación de las medidas en el plazo más corto posible y revisión periódica por parte de una autoridad o u órgano judicial competente, independiente e imparcial. ”Los artículos 756 a 768 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan el proceso sobre la capacidad de las personas....”

“Para el cumplimiento completo del artículo 12.4 y una mejor adaptación al espíritu y a la terminología de la Convención se está trabajando en la redacción de un anteproyecto de ley...”

Respecto al apartado 5 –derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias, heredar bienes y controlar sus propios asuntos –, el informe del gobierno de España habla de cuestión de adaptaciones terminológicas, de matices en definitiva ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ 64. Según establece el artículo 744 del Código Civil, pueden suceder aquellos que no estén incapacitados por la ley y, según el artículo 996, si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiera otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido de curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.

65. De este modo, debe entenderse que el Código Civil no prohíbe heredar ni a las personas con discapacidad ni a los incapacitados judicialmente. Ahora bien, la adquisición de una herencia exige que el heredero acepte la herencia, acto para el cual el Código Civil sí exige la plena capacidad de obrar. Por ello, según el Código Civil, habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación, y si no dispusiese lo contrario, se entenderá que permite al incapacitado aceptar la herencia con la asistencia del curador, o en su caso, al tutor como representante legal del incapacitado y administrador de su patrimonio (el cual, según el artículo 271.4, necesitará además autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario o para repudiarla).

66. En nuestro derecho, el artículo 662 del Código Civil permite testar a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y el artículo 663 establece la incapacidad para testar de aquel "que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio". Por último, el artículo 665 precisa que en aquellos casos en que la sentencia de incapacitación no precise nada acerca de la capacidad para testar, si el incapacitado quiere otorgar testamento, tendrá que acudir al Notario para que éste designe a dos facultativos para que le reconozcan y le autoricen en su caso, respondiendo de su capacidad.

67. En resumen, no todas las personas con discapacidad ni incapacitadas tienen prohibido testar. Respecto de los incapacitados judicialmente, puede ocurrir que la sentencia haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del artículo 665.

68. Por ello, no resulta necesario llevar a cabo ninguna modificación de fondo en este aspecto, si bien sí cabría articular alguna medida de apoyo al incapacitado para que pudiera testar con su asistencia. Por último, de nuevo serían pertinentes ciertas adaptaciones terminológicas, tanto por lo que se refiere a las menciones sobre la "incapacitación", como en relación con el término "cabal juicio", demasiado abierto e indeterminado. La pertinencia de estas modificaciones es objeto de estudio y valoración en los trabajos de redacción del anteproyecto de ley al que se ha aludido anteriormente.

69. Es importante la aprobación de la Ley Nº 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios por la que se impulsa la creación en el Registro Civil Central de un punto de concentración de toda la información relativa a las modificaciones judiciales en la capacidad de obrar, la constitución o la modificación de organismos tutelares. Así, se solucionará el problema de la dispersión de los asientos, que hace que los datos correspondientes a una misma persona puedan constar en distintos registros civiles municipales. Por otro lado establece el compromiso de reforma del procedimiento de incapacitación —que pasa a denominarse procedimiento para la modificación de la capacidad de obrar— a fin de adecuarlo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Texto completo disponible en:

http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/5thsession/CRPD.C.ESP.1_sp.doc

Para el gobierno de España, prácticamente todo está conforme con la Convención (¹¹).

Frente a esta postura, el informe alternativo presentado por el Cermi como organismo independiente de seguimiento, es rotundo¹²:

“España no cuenta con un sistema de apoyos acorde a la convención “

“Existen un abuso del sistema de sustitución total “

“España carece de un sistema de apoyo a la toma de decisiones que fomente la autonomía en el ejercicio de los derechos”

“Las salvaguardas exigidas en la Convención no están garantizadas en nuestra legislación “

“La adaptación a la Convención requiere cambios sustanciales en la regulación española de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad “

Estas afirmaciones respecto al artículo 12 las completa en relación al 13 (“la falta de accesibilidad de las dependencias de la Administración de justicia son notables”, “No existe una obligación legal específica que reconozca el derecho de accesibilidad de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia con carácter general “, “el reglamento del Notariado determina la incapacidad de intervenir como testigos a las personas con discapacidad “Existen una falta de previsión para el ejercicio de la función del jurado en los tribunales populares “,”Por sentencia judicial se puede limitar la capacidad procesal para demandar o querrellarse “...

¹¹ Si bien el informe de España intenta ser lo más amplio posible, omite un aspecto esencial, que es la diversidad legislativa consecuencia de la coexistencia del derecho común con los derechos forales. Así el Comité no tiene conocimiento por esta vía, por ejemplo, de la legislación en esta materia de Cataluña, que en su reforma del año 2010 invoca expresamente a la Convención, tal como veremos con posterioridad.

¹² Conviene destacar que el Cermi como entidad representativa de la discapacidad organizada en España integra a más de 5500 asociaciones y entidades de personas con discapacidad y sus familias y tiene entre sus finalidades esenciales la de la defensa de los derechos de este grupo social que en España asciende a más de 4.000.000 de personas que junto con su familia suponen alrededor de 10 millones de ciudadanos y ciudadanas.

También relaciona el artículo 12 con el 29 (Participación en la vida política y pública) : “La legislación electoral vigente en España permite que se prive del derecho de sufragio, activo y pasivo, a las personas incapacitadas judicialmente, siempre que la sentencia que declara la incapacitación lo prevea expresamente .esta posibilidad también se extiende a las personas internadas en un hospital psiquiátrico con autorización judicial ...Esta privación de derechos fundamentales ...entra en clara contradicción con la convención .

Este tratado internacional, en su artículo 12, establece la plena igualdad legal de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida, sin que quepan restricciones por razón de discapacidad, además, garantiza el derecho de las personas con discapacidad a participar en la vida política y en los procesos electorales sin ningún tipo de exclusiones .

La vigente legislación española es incompatible, por tanto, con la Convención.

A la vista de estos dos informes, el Comité de derechos de las personas con discapacidad, en relación al artículo 12, solicita al gobierno de España:

“Sírvanse facilitar datos sobre el número de personas con discapacidad que han sido puestas bajo tutela como forma de ejercer la capacidad jurídica y, en su caso, sobre el número de decisiones modificando la capacidad de actuar “

“Sírvanse explicar cómo se garantiza que la tutela se ejerza en beneficio del pupilo teniendo en cuenta que en la legislación actual no existen salvaguardas contra la influencia indebida o el conflicto de intereses “

“Sírvanse facilitar información sobre las medidas previstas o que se han tomado para que en vez de la sustitución en la adopción de decisiones (guarda) se recurra al apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de conformidad con el artículo 12 de la Convención”.

A fecha de hoy estamos a la espera del informe final del Comité sobre España.

II- EL ARTÍCULO 12 EN EL ÁMBITO ASOCIATIVO.

En el ámbito asociativo destaca el informe elaborado por el **European Disability Forum (EDF) en Octubre de 2009 sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley e igual capacidad para actuar: comprensión y aplicación del artículo 12 de la Convención de la ONU** sobre los derechos de las personas con discapacidad, del cual cabe destacar lo siguiente: ⁽¹³⁾

Ningún individuo en cualquier sociedad es verdaderamente independiente de la influencia de los demás. Las estructuras sociales y las jerarquías, la necesidad de una atención positiva, las necesidades económicas y la complejidad de muchas decisiones financieras, de salud y personales hace que a menudo los ciudadanos no discapacitados y personas con discapacidad dependen de otros para el apoyo en la toma de decisiones. Ejemplos de ello son asesores financieros, médicos, arquitectos y todas las otras profesiones que proporcionan experiencia para todos los ciudadanos. Muchas personas toman decisiones por sí mismos que tampoco son en su mejor interés. A menudo están determinados por factores que no están basados en la lógica: la publicidad comercial, el deseo de estatus social, la preferencia por los coches rápidos, etc. Discapacitados o no, toda persona tiene derecho a cometer errores.

Sin embargo, en una situación en la que alguien está asesorando a otra persona en una decisión o ejercitando las facultades de toma de decisiones delegadas en él por esta persona, debe aplicarse la debida diligencia adicional para aceptar y reconocer los deseos y las peticiones de la persona aconsejada. El mantenimiento de la plena capacidad jurídica de las personas debe estar siempre en el centro del discurso

El artículo 12 de la CDPD introduce una serie de conceptos clave que deben ser entendidos e interpretados de manera uniforme a fin de cumplir con las normas de aplicación de la Convención.

2.1 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”

¹³ NB. Traducción del autor.

Texto completo disponible en:

http://cms.horus.be/files/99909/MediaArchive/library/EDF_positon_on_equal_recognition_befor_e_the_law_under_Article12_UNCRPD.doc

ó a través de la web de el EDF, <http://www.edf-feph.org/>

La noción de "Igual reconocimiento como persona ante la ley" es más amplia que la "capacidad jurídica" (el concepto que también está presente en el artículo 12). Se basa en otros tratados de derechos humanos, principalmente en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 16 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece que "toda persona debe tener el derecho al reconocimiento en todas partes, como persona ante la ley".

El Artículo 12 CDPD establece el principio de que todas las personas con discapacidad, al igual que los demás ciudadanos, tienen derecho a que su estado y capacidad estén reconocidos en el ordenamiento jurídico. Ello permite a todas las personas ostentar, ejercitar y beneficiarse de los derechos iguales e inalienables, independientemente de la naturaleza y el grado de su discapacidad. La personalidad jurídica se entiende como una característica inherente a los seres humanos. Sin este derecho, el individuo ya no sería una persona en el sentido jurídico y por lo tanto puede ser privado de todos los demás derechos.

2.2 “Capacidad jurídica”

"La capacidad jurídica" en el sentido del artículo 12, se entiende como la capacidad evolutiva de ejercer estos derechos iguales e incluye la capacidad de actuar. Esto se aplica a los sistemas jurídicos de todos los países para todas las personas, independientemente de la naturaleza o el grado de su discapacidad o necesidad evidente de apoyo. Según el artículo 12 CDPD, la capacidad jurídica no puede ser cuestionada o negada basada en la discapacidad de una persona. En cambio, las medidas de apoyo a ejercer su capacidad jurídica puede tener que ser siempre que sea necesario.

El carácter evolutivo de la capacidad jurídica se demuestra con el siguiente ejemplo: todos los niños, incluidos aquellos con discapacidades, tienen una capacidad de evolución jurídica, que al nacer comienza con plena capacidad de tener derechos, y se desarrolla en plena capacidad de obrar en la edad adulta. Al nacer, su plena capacidad para tener derechos incluye, por ejemplo, el derecho a la vida y a recibir el mejor tratamiento disponible independientemente de la naturaleza y la gravedad de su discapacidad. A medida que el niño se desarrolla, también lo hace

su capacidad jurídica, y tienen el derecho a disponer de apoyos adecuados a su edad y discapacidad para el ejercicio en igualdad con los niños sin discapacidad, en particular en relación con el derecho a la integridad física y la opción reproductiva. Los padres y tutores tienen el derecho y la responsabilidad de actuar en el mejor interés de sus hijos en el respeto del niño la capacidad de evolución jurídica. Su derecho automático para actuar en nombre de sus hijos cesa cuando el niño alcanza la edad adulta legal.

2.3 “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”

El apoyo de toma de decisión, consagrado en el artículo 12, parte de la presunción de capacidad jurídica plena e igualitaria de todos los ciudadanos, incluyendo aquellos con niveles severos y profundos de la discapacidad. La Convención dispone que los Estados Partes adoptarán "medidas adecuadas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" (artículo 12.3) y "garantizar que todas las medidas relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos "(artículo 12.4).

De conformidad con la ley internacional de derechos humanos, el respeto de los derechos iguales e inalienables deben estar en el centro del discurso sobre la determinación del grado de apoyo que necesita el individuo con una discapacidad. Por lo tanto, el concepto de incapacidad debe ser rechazada desde el principio, y el grado de asistencia debe ser proporcional a las necesidades y capacidades de la persona y variar dependiendo de la situación (por ejemplo, puede ser que necesite apoyo para la toma de decisiones financieras importantes, pero pueda gestionar sus tareas diarias de forma independiente).

En consecuencia, el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica siempre debe basarse en un conocimiento personal de la persona (pero no como para crear un conflicto de intereses!), e implicar actividades de fomento de la confianza a través de métodos de comunicación alternativos y aumentativos.

Las personas cuyas habilidades para tomar decisiones complejas o para comunicar sus decisiones a los demás están temporal o permanentemente deterioradas necesitarán altos niveles de apoyo en la mayoría o todos los ámbitos de la vida. En

este caso, deberán contar con tal apoyo que asegure que su capacidad jurídica se disfruta en todo caso en igualdad de condiciones con los demás al tiempo que se les ayuda a evaluar las implicaciones y consecuencias de algunas de sus acciones o inacciones.

En la actualidad, no hay pruebas ni práctica suficientes para determinar cómo el apoyo en la toma de decisiones se puede garantizar para este grupo de personas con discapacidad. Los Estados Partes, así como las organizaciones de discapacidad están llamados a probar con urgencia modelos prácticos de apoyo de toma de decisiones en los proyectos piloto para resolver esta cuestión pendiente. El punto crucial es cómo se puede establecer una relación de apoyo con confianza en todos los casos de personas con discapacidad.

2.4 “Salvaguardias”

La Convención exige que las salvaguardias apropiadas y efectivas sean puestas en marcha para prevenir el abuso de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El texto de la propia Convención establece pautas importantes que deben respetar las medidas de apoyo. Es decir, deben ser "adecuadas y eficaces", "proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicadas durante el menor tiempo posible", así como "sujetas a revisión periódica por una [n...] autoridad independiente". La Convención obliga a los Estados Partes a desarrollar criterios imparciales por la incapacidad para proteger a las personas con discapacidad contra el abuso de la misma manera que están protegidos los demás ciudadanos.

En la práctica eso significa el establecimiento de un sistema para la evaluación imparcial de las necesidades actuales de apoyo en la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica, realizado con la ayuda de reconocidos expertos independientes, la determinación rigurosa de la extensión de la actuación y facultades de las personas que prestan el apoyo, la revisión periódica de las medidas adoptadas y el posible recurso de las decisiones por parte de las personas con discapacidad o sus familias. Una vez más, hay que destacar que los deseos de la persona con discapacidad debe ser siempre el factor determinante.

Se debe prestar especial atención a la protección de los derechos de las personas necesitadas de un alto nivel de apoyo en todos los ámbitos de la vida, que pueden ser particularmente vulnerables a la influencia indebida.

Estas garantías deben estar claramente separadas de la red de apoyo, ya que también deben proteger a la persona de la explotación o abuso por parte de la persona que presta el apoyo.

3. Ocho pasos para lograr el igual reconocimiento como persona ante la ley

3.1. Promoción y apoyo de la autodeterminación de las personas con discapacidad

3.2. Sustitución de la tutela tradicional por un sistema de apoyo de toma de decisiones

3.3. Desarrollar un sistema de apoyo a la toma de decisiones

3.4. Selección y registro de las personas de apoyo

3.5. Superar las barreras de comunicación

3.6. Prevención y resolución de conflictos entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe

3.7. La aplicación de salvaguardias

3.8. Utilización de los mecanismos principales para la protección de los intereses de una persona

Asimismo es destacable el INFORME DEL CERMI, que elaboró a modo de propuesta inicial un esquema básico PARA INSTAURAR UN NUEVO PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN DE APOYOS PARA LA TOMA DE DECISIONES, de acuerdo a la convención del cual destaco lo siguiente:

“Si hay una esfera donde los efectos de la convención se dejan sentir con mayor contundencia esa es la de la plena igualdad jurídica de las personas con discapacidad. La discapacidad ya no puede ser excusa o cuartada para limitar o reducir la capacidad de las personas de realizar actos válidos en el tráfico jurídico. Los sistemas como el español, basados en la sustitución de la voluntad de la persona por razón de discapacidad – de ordinario intelectual o mental – han de quedar sin efecto, pues son contrarios al nuevo paradigma de la libre determinación de los individuos, de todos, incluidos los hombres y mujeres con discapacidad.

Por estos motivos, el Cermi ha planteado al Ministerio de Justicia que el actual proceso civil de incapacitación judicial, sea sustituido por uno de apoyos a la toma libre de decisiones, en el caso de personas con discapacidad que así lo precise.

La convención, vigente en España desde 2008, obliga a los estados partes a derogar los sistemas que como el de la incapacitación judicial limitan la igualdad jurídica de las personas, incluidas aquellas que presentan una discapacidad, y a reemplazarlos por otros que garanticen apoyos para la toma libre y autónoma de decisiones.

El Cermi entiende que el sistema de limitación de la capacidad existente en España no es compatible con los mandatos de la convención, por lo que no serían admisibles retoques o ajustes de detalles (salida fácil a la que algunas instancias están tentadas), sino que hay que crear un nuevo modelo centrado en la autonomía y en los apoyos. Para el Cermi, la convención es una oportunidad histórica de abandonar sistemas paternalistas que merman la igualdad de las personas ante la Ley, y trocarlos por otros, en consonancia con los tiempos, que potencian la libre determinación, con los soportes y salvaguardias necesarios.

A pesar de las resistencias de sectores jurídicos que se aferran a instituciones seculares que a su entender son inamovibles, la convención es un hecho jurídico indiscutible e irreversible que esta por encima del derecho interno preexistente.

A juicio del Cermi, el ejecutivo y el legislador han de ser valientes y audaces para responder normativamente a los desafíos que en materia de igualdad jurídica y toma libre de decisiones plantea la convención de la ONU. Es llegada la hora de los apoyos para la libre toma de decisiones.

Ello obliga a analizar jurídicamente como debe sustituir el nuevo sistema al de la institución de la incapacitación regulado en el código civil (título IX) y a la institución de la tutela de incapacitados (título X). El artículo 200 del código civil establece que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma”. El mismo fundamento de la institución civil de la incapacitación ha quedado obsoleto y no se ajusta al artículo 12 de la convención”.

En particular, **en relación con el derecho de sufragio**, cabe destacar que uno de los aspectos esenciales relacionado con la capacidad es el ejercicio del derecho del sufragio, activo y pasivo.

En una **carta dirigida al Defensor del Pueblo** por Luis Cayo Perez Bueno en su condición de presidente del comité español de representantes de personas con discapacidad (CERMI) de fecha 5 de octubre de 2010, expone que la legislación electoral vigente en España permite que se prive del derecho del sufragio, activo y pasivo a las personas incapacitadas judicialmente, siempre que la sentencia que declara la incapacitación lo prevea expresamente.

Esta posibilidad también se extiende a las personas internadas en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

Esta privación de derechos fundamentales, que puede afectar fundamentalmente a personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, carece de sentido desde una visión de derechos humanos y entra en clara contradicción con la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de naciones unidas, firmada y ratificada por España.

Este tratado internacional, en su artículo 12, establece la plena igualdad legal de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida, sin que quepan restricciones por razón de discapacidad. Además, garantiza el derecho de las personas con discapacidad a participar en la vida política y en los procesos electorales sin ningún tipo de exclusiones.

Por ello dado que la vigente legislación Española es incompatible, por tanto, con la convención de la ONU, por lo que tiene que ser modificada con urgencia para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos básicos en plenitud, solicita la intervención del defensor del pueblo a fin de que se modifique la Ley orgánica de régimen electoral general para suprimir la posibilidad de que se pueda privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad.

Para Fabián Cámara –Presidente de Down España –la Convención de la Onu abre nuevos horizontes para la igual capacidad jurídica ante la ley⁽¹⁴⁾.

En su opinión, “el mayor grado de fricción entre la convención y la legislación española se encuentra en la regulación de los derechos de la personalidad y la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad .El artículo 12 de la Convención declara explícitamente la igualdad plena ante la ley de las personas con discapacidad sin distinción alguna. Esta afirmación entra en plena confrontación con algunas de las instituciones que en nuestro derecho regulan la capacidad jurídica , tales como la tutela , la curatela , la prórroga de la patria potestad , ..., o la propia incapacitación judicial .”

“Ante esta diatriba, la postura de Down España es la de apoyar absolutamente lo expresado en el artículo 12 de la Convención, y en consecuencia, exigir:

-la desaparición , por inaceptablemente discriminatoria , de cualquier proceso, judicial o administrativo , por el que se retire , elimine , prohíba o simplemente se restrinja la capacidad de obrar de una persona por razón de su discapacidad , esto es , la institución generalmente conocida como “incapacitación “(o cualquier otro nombre que se le pretenda dar en el futuro).

-La desaparición (con el régimen transitorio que sea preciso, respecto de situaciones ya existentes y asentadas en la práctica) de toda institución sustitutiva de la voluntad civil de las personas con discapacidad , ya se trate de tutelas , curatelas o cualquier otra institución similar .

-La instauración del nuevo sistema de la convención de apoyos a la capacidad de obrar propia de tal manera que tales apoyos respetando el principio básico del respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, aseguren el resto de condiciones también establecido por la convención , esto es , las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos , el conflicto de intereses y la influencia indebida”.

¹⁴ El artículo completo puede verse en la revista CERMI.ES

III- OPINIONES DOCTRINALES.

En Junio de 2009 tuve el honor de moderar, en marco del **Simposium sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU** de los derechos de las Personas con discapacidad, organizado por el EUROPEAN FOUNDATION CENTER y el EUROPEAN DISABILITY FORUM, una mesa redonda en la que intervenían Gerard Quinn y Gabor Gombos .

Como preámbulo, las intervenciones de Miguel Angel Cabra de Luna, Yannis Vardakastanis y Johan Ten Geuzendam.

En ellas, **Miguel Angel Cabra de Luna** destacó los desafíos del artículo 12 y la necesidad de explorar el impacto de esta disposición en el ámbito nacional y en el de la Unión Europea ,y que la clara protección que en él se contiene a la personalidad jurídica y la capacidad legal de las personas con discapacidad requerirá la revisión de instituciones legales nacionales tales como la tutela o la incapacitación .

Yannis Vardakastanis , presidente del European Disability Forum , intervino señalando que durante demasiado tiempo los derechos de las personas con discapacidad intelectual , con discapacidades psicosociales , personas que vivían en instituciones y otras , han sido privados de sus más básicos derechos humanos , y que la Convención suprime el sistema pasado de moda de la tutela , que suprime los derechos y los deberes de las personas con discapacidad ,y lo substituye por el sistema de apoyo en la toma de decisiones, impone a los gobiernos la obligación de asegurar el derecho político al voto de las personas con discapacidad , y se asegura de la comunicación estén desarrollados de modo que cada persona , sin importar su discapacidad , sea oída y escuchada .

Acentuó que entender el impacto de la Convención en la capacidad legal implica el reevaluar conceptos como el de la dignidad, la integridad y la igualdad , y revisar la legislación civil y penal mejorando la accesibilidad de las personas con discapacidad en la comunicación y procedimientos y educando a todos los agentes relevantes en el cambio de paradigma .

Johan Ten Geuzendam ,jefe de la Unidad para la Integración de las Personas con Discapacidad de la Comisión

europaea , explicó que en lo referente a la puesta en práctica de la Convención , la Comisión ha identificado algunas cuestiones claves incluyendo el desarrollo de datos constantes y comparables , de objetivos e indicadores , del intercambio de buenas prácticas y de compartir experiencias con las siguientes prioridades iniciales con respecto a la Convención :Accesibilidad , acceso a la justicia , vida independiente y derecho al voto , mecanismos de supervisión , otorgamiento de poder a las personas con discapacidad , y la capacidad jurídica .

Así, la capacidad jurídica es una de las áreas de prioridad a nivel europeo. Asimismo señaló que en esa fecha –junio 2009-siete estados miembros están en proceso de revisar su legislación a la luz de la Convención.

Gerard Quinn destacó por qué la discusión de la reforma en lo referente al artículo 12 es tan importante tanto en términos prácticos como simbólicos .Por su parte, el artículo 12 es el vehículo que nos permite terminar el viaje de la no discriminación que proteja a las personas del comportamiento de terceros, dando voz de nuevo a las personas para dirigir sus propias vidas . Para Quinn, la revolución contenida en el artículo 12 es emblemática del cambio de paradigma que ha estado ocurriendo en el campo de la discapacidad en los últimos quince años a nivel europeo, y atraviesa el núcleo de la Convención .

Dignidad, autonomía e igualdad son valores esenciales .

Dignidad, todos los seres humanos son un fin en sí mismos. Las personas con discapacidad fueron vistas tradicionalmente como objetos y no como sujetos merecedores de igual respeto.

Autonomía, somos nosotros quienes decidimos nuestros destinos , el trabajo del gobierno es facilitar nuestra libertad .

El equilibrio entre autonomía y protección no estaba presente en nuestras leyes heredadas sobre capacidad jurídica.

Un exceso de paternalismo y una actitud excesivamente protectora nos llevó a ir en contra de la autonomía de las personas.

Destacó Quinn que muchas de las primeras leyes fueron decretadas para proteger activos o propiedades más bien que a las personas .Un resultado perverso de la intervención para para proteger a unos contra otros ha sido la institucionalización, es decir ,

colocar a las personas en instituciones donde su exposición a la violencia, a la explotación y al abuso eran incluso peores .

El puente aquí es la igualdad, esto es lo que trae de nuevo la Convención al campo de la discapacidad , y es lo que anima claramente el artículo 12 .El respeto a la igualdad significa ampliar a las personas con discapacidad la misma libertad expansiva permitida al resto de las personas para cometer sus propias vidas y cometer sus propias equivocaciones .

Gerard Quinn añadió otro valor a los de dignidad, autonomía e igualdad , el de la solidaridad.

Si somos serios en el respeto de la autonomía de las personas con discapacidad sobre una base igual con otras nuestro primer impulso ante una cierta carencia de la capacidad funcional no debe ser quitarla sino apoyarla.

También destacó Gerard Quinn un aspecto esencial, las reservas.

Recordó que cualquier reserva que frustre el objeto y el propósito de un tratado no es válida .A su juicio, parece claro que una reserva que deje hueco para mantener las leyes en pleno de las tutelas es inaceptable .

Del mismo modo creo de interés traer a colación las ideas centrales de **Gabor Gombos**⁽¹⁵⁾ en su intervención en dicho simposium , en torno a las obligaciones que el artículo 12 de la Convención impone en lo sucesivo para la Unión europea y sus estados miembros .

A su juicio, la Convención indica el camino a seguir .En primer lugar , “nada para nosotros sin nosotros” , lo que significa la implicación de las personas con discapacidad teniendo el Estado la obligación legal de consultar a la sociedad civil.

En segundo lugar, la Convención reconoce personalidad a todas las personas con discapacidad , lo que implica dos aspectos :identidad y capacidad de acción .

¹⁵ Al presentar a Gabor Gombos, él explico que como sobreviviente de la psiquiatría había estado abogando por los derechos de las personas con discapacidades psicosociales, tratando de ligar la tutela a los derechos humanos desde el año 1993, desempeñando un papel activo en la negociación del artículo 12 de la Convención en el comité ad hoc de la ONU. La importancia de su implicación la he conocido a través del trabajo del MDAC, del que después trataremos al hablar de la legislación en Rusia.

Recordó que durante las negociaciones en el comité ad hoc de la ONU algunos estados eran renuentes a aceptar que el artículo 12 pudiera suponer que la capacidad jurídica debe incluir capacidad de actuar. Pero esto a su juicio es innegable ahora pues la Convención engarza un principio igualitario que incluye ambos aspectos de la personalidad e incluye claramente a todas las personas incluso a aquellas con discapacidades severas.

Las tutelas actuales, según lo aplicado en la mayoría de los estados miembros, no son consecuentes con la Convención. En su opinión, cualquier tentativa de presentar la tutela como mecanismo de apoyo es problemático.

A su juicio, existe un núcleo de aspectos mínimos en relación al artículo 12:

- la tutela completa (incapacitación) debe suprimirse.
- las principales lagunas deben ser identificadas.
- Nuevas leyes son necesarias.
- El artículo 12 es un artículo ambicioso
- La Convención llama a la inclusión legal completa y no sólo al reconocimiento legal.
- Cómo tener acceso para apoyar la toma de decisión dentro de las instituciones.

Fernando Santos Urbaneja, en 2009, se preguntaba qué es lo que está fallando.

Su planteamiento es el siguiente:

“Al abordar este tema tenemos que partir de una dolorosa constatación: En torno al 95% de las demandas de incapacitación terminan con una sentencia de incapacitación plena, para todo y para siempre.

Hace años pensaba que ello se debía fundamentalmente a un problema de actitud de los profesionales que intervienen en estos procedimientos (Juez, Fiscal, Médico Forense, Abogados, etc...) pero hace tiempo que he abandonado esta idea pues donde concurren profesionales motivados no se mejoran mucho los resultados, ni tampoco la concentración de la materia en los Juzgados de Familia o incluso en los Juzgados con competencia

exclusiva ha permitido transformar radicalmente este estado de cosas.

Así, si analizamos nuestra realidad actual y la comparamos con nuestra realidad histórica en este punto, podemos llegar a la demoledora conclusión (sálvese el que pueda) de que seguimos haciendo las cosas como hace cien años. El ámbito judicial, en su conjunto, en su estructura, no se ha sumado aún a la revolución, ya en marcha, de la promoción de la autonomía y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y es que, lo que reflejan las sentencias de incapacidad no se corresponde con la realidad. El 95% de las personas declaradas plenamente incapaces no son plenamente incapaces.

La verdad es que hoy nadie está conforme con el procedimiento de incapacitación y existen varias líneas de reforma, algunas tan radicales como las que solicitan la “desjudicialización” desplazando la declaración de incapacidad a otros ámbitos (administrativo, notarial)” (16)

Asimismo en el ámbito doctrinal, destaca el Informe realizado por el **Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid** sobre el impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico español(17), que parte de el cambio de modelo requerirá cambios graduales, en los que probablemente existan períodos en los que ambas instituciones – incapacitación y las nuevas medidas –deban coexistir, mostrándose partidario de que mientras ese mecanismo no esté articulado debe configurarse la curatela , entendida desde los presupuestos del modelo de apoyo y asistencia y desde el principio del mejor interés de la persona con discapacidad , como el mecanismo al que el juez deba acudir como regla general, quedando reservada la tutela – siempre a la espera de una reforma normativa que signifique su desaparición al estar directamente enfrentada a lo establecido por la convención –para aquellas tomas de decisión en las que las circunstancias y necesidades de una persona con discapacidad impidan que se pueda conocer su voluntad en relación al tráfico (en relación con los actos patrimoniales) pero nunca en relación con los derechos fundamentales.

¹⁶ Texto completo disponible a través de la web de Aequitas:
<http://www.aequitas.org/?do=contribucion&option=actividades> (XXX Jornadas Aequitas-CEJ. "El Ingreso involuntario: Novedades y problemática" III 2009)

¹⁷ Texto completo disponible a través de la web de la Universidad Carlos III

Frente a esta posición que lleva ínsita la provisionalidad, destaco las palabras de **Torcuato Recover**⁽¹⁸⁾:

“Estamos hablando de derechos fundamentales, y es un matiz sustancial, de Derechos Humanos. Es un matiz sustancial porque quiere decir que lo que establece el artículo 199 y siguientes del Código Civil no son normas de interpretación y conflicto de interés entre particulares, no. Cuando el Código Civil regula si una persona debe prestar o no su opinión, su voluntad para arrendar o disponer de un bien patrimonial suyo, si se debe privar o se debe ignorar su voluntad, estamos hablando no de una colisión de derechos particulares sino de un derecho fundamental. Y hablo de cuestiones patrimoniales, pero si lo pasamos al ámbito más personal, si una persona debe estar en un centro, más aún, si una persona puede ejercitar sus derechos a la paternidad o maternidad, eso no puede ser resultado por terceros sin tener en cuenta su opinión, sino todo lo contrario, se ha de partir del derecho que la persona en cuestión tiene para ejercitar esos derechos.”

Después de recordar la cita de Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del Cermi “la Convención supone tal carga de profundidad para la visión más tradicional y adocenada de lo que venía siendo la discapacidad que pareciera que aún no somos conscientes de la dimensión y alcance de esta transformación y de lo que lleva a cabo en todas las esferas”, señala que “el planteamiento del artículo 12 es abiertamente contrario a lo que regulaba el Código civil, que decía lo contrario, las personas con discapacidad que se han de someter a un procedimiento y acababan en una sentencia que suponía su incapacitación, es abiertamente contrario, no sólo por la terminología sino por la naturaleza de los conceptos que subyacen detrás de palabras, es abiertamente contrario a esa definición del apartado 2 del artículo 12.”

“No se puede, por lo tanto, hoy, seguir dictándose sentencias en las que se dice que la persona está incapacitada.”

Este planteamiento ya de por sí choca con la práctica jurídica.

¹⁸ Texto disponible en la web del Observatorio Estatal de la Discapacidad de España. Intervención en las Jornadas sobre capacidad jurídica del Observatorio Estatal de la Discapacidad celebradas en Diciembre de 2010

Los juzgados de familia están dictando sentencias que en sus términos son contrarios a una ley que ya es aplicable directamente como es la Convención Internacional. Es urgente, por tanto , una reforma que tiene que ser coherente con los propios postulados de la Convención “.

IV- REFORMAS LEGISLATIVAS TRAS LA CONVENCION.

En Diciembre del 2010, Carlos Ganzenmüller, en las Jornadas sobre capacidad jurídica y discapacidad: de la sustitución de la capacidad al modelo de apoyos, organizadas por el Observatorio Estatal de la Discapacidad de España, decía que “la actividad gubernamental, ya lo hemos indicado, es complicada en esta reforma, piensen ustedes que Finlandia no ha ratificado todavía la Convención, porque ha decidido que tiene que modificar toda su legislación interna, con lo cual el tema no es tan fácil como parece, sino mucho más complicado”.

Podemos destacar, no obstante, algunas reformas recientes; así por ejemplo:

Al respecto, es interesante el análisis sobre la reforma de la legislación sobre capacidad legal en RUSIA, elaborado por el MDAC (Mental Disability Advocacy Center) con fecha 22 de Abril de 2011⁽¹⁹⁾

¹⁹ <http://mdac.info/content/analysis-legal-capacity-law-reform-russia>

1. Los tribunales deben notificar a una persona de un caso de capacidad legal iniciado en su contra. Los procedimientos de capacidad jurídica siempre deben realizarse con la participación de la persona afectada. Si es necesario, la audiencia puede llevarse a cabo en las instalaciones de un hospital psiquiátrico (sección 284 (1) del Código de Procedimiento Civil). En la actualidad los tribunales pueden privar a una persona de la capacidad jurídica sin siquiera notificárselo, como era la situación en el caso de Shtukaturov contra Rusia.

2. Una persona privada de la capacidad jurídica puede solicitar a los tribunales la restauración de la capacidad jurídica (sección 286 (1) del Código de Procedimiento Civil). Actualmente una persona privada de la capacidad jurídica no puede incoar el procedimiento con el fin de que su capacidad jurídica sea restaurada.

3. Una persona privada de la capacidad jurídica podrá recurrir contra la sentencia de incapacidad personalmente o a través de su representante, como un abogado (artículo 284 (3) del Código de Procedimiento Civil).

En la actualidad, una vez transcurrido el plazo de diez días para recurrir, la sentencia privativa de la capacidad jurídica sólo puede ser apelada a través del tutor de la persona, y la persona no tiene derecho a elegir a un representante para que le ayuden en este asunto. El Tribunal Constitucional ruso dictaminó el 27 de febrero de 2009 en un período de tres casos (uno iniciado por MDAC), que una persona privada de la capacidad jurídica debe tener el derecho de

En relación a la reforma de HUNGRÍA, puede consultarse en la web del MDAC, estableciendo una regulación completa de la declaración preliminar, trata del concepto de apoyo al órgano decisorio, el acto del defensor profesional, entre otras.

En relación a ESPAÑA, destaca la reforma del Derecho foral catalán, específicamente la Ley de 29 de Julio de 2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, invoca en su exposición de motivos a la Convención:

“la presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación , pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta , ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familias prefieren no promoverla .Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza den el deber de respetar los derechos , voluntad y preferencias de la persona y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección , tal y como preconiza la Convención ...”

apelar la decisión del tribunal. Cualquier otra cosa significaría una restricción sobre el derecho a un juicio justo.

4. Los tribunales pueden solicitar la participación de una persona privada de la capacidad jurídica en una audiencia sobre cualquier asunto (artículo 37 (5) del Código de Procedimiento Civil).

En la actualidad las personas privadas de capacidad jurídica no tienen derecho a participar en los procedimientos judiciales. El Tribunal Constitucional declaró en febrero de 2009 que el derecho para defender los propios derechos es imposible sin la participación real de la persona en el caso. El tribunal consideró que privar a una persona de esta posibilidad, viola los principios de un juicio justo, así como el carácter contradictorio y la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales.

5. El consentimiento informado debe ser solicitado y obtenido de cualquiera de las intervenciones de salud mental, independientemente de la capacidad jurídica de la persona (artículo 11 de la Ley de Atención Psiquiátrica).

En la actualidad el tutor tiene poder ilimitado para enviar a la persona bajo tutela a un hospital psiquiátrico. En su resolución 27 de febrero 2009, el Tribunal Constitucional sostuvo que la detención psiquiátrica es sin duda, una privación de libertad que, de acuerdo con la Constitución rusa, es legal solamente a raíz de una decisión judicial.

6. Los tutores no pueden decidir enviar a una persona bajo su custodia a una institución de asistencia social. Tal internamiento ahora requiere el consentimiento de la persona que planea ir a la institución (artículo 41 de la Ley de atención psiquiátrica), y si esa persona carece de la capacidad funcional para decidir, la autoridad local debe tomar una decisión.

En la actualidad, un tutor o el gobierno local puede enviar a la persona a una institución de asistencia social sobre la base del informe psiquiátrico, haciendo caso omiso de los deseos de la persona bajo tutela.

“Junto a la disposición que permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son un reflejo del nuevo modelo de protección de la persona... Es por ello mismo que incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte así de una concepción de la protección de la persona que no se vincula necesariamente a la falta de capacidad sino que incluye instrumentos que basándose en el libre desarrollo de la personalidad sirven para proteger a esas personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil también para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que por el tipo de disminución que sufren los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender sus necesidades. En línea con las directrices de la recomendación de 28 de febrero de 1999 de Comité de Ministros del Consejo de Europa y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña se considera más adecuado este modelo de protección paralelo a la tutela o curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.”

Además, en relación a España, el Parlamento, por Ley de 25 de marzo de 2009, daba al Gobierno el mandato de remitir a las cortes generales un Proyecto de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que con la denominación de procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se adaptaran a las disposiciones de la Convención en el plazo de seis meses, que ha sido incumplido ⁽²⁰⁾.

Para concluir, destacamos la **Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de**

²⁰ Al respecto, dice TORCUATO RECOVER que “los que hemos podido conocer de las posiciones que el Ministerio de Justicia tiene respecto del Proyecto..... se dice que las organizaciones sociales estamos ofreciendo y planteando un cambio de legislación excesivo que va más allá de lo que dice el artículo 12. En absoluto podemos asumir ese planteamiento, lo que nosotros pretendemos no puede satisfacer los planteamientos realizados con el artículo 12 con una mera modificación que mantenga la terminología o/e incluso modificando la terminología, mantenga el espíritu de lo que viene estableciendo el Código Civil. Observatorio Estatal de la Discapacidad, Jornada sobre capacidad jurídica, Diciembre 2010

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”, en su reunión extraordinaria de 4 y 5 de Mayo de 2011 en El Salvador⁽²¹⁾

“Que la entrada en vigor de la Convención de la ONU a partir del 3 mayo del 2008 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 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU);

Que el artículo 12 de la Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar 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 su significación en el proceso de transformación de la legislación interna (de fondo y de forma, civil y penal) y que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscripto la Convención de Naciones Unidas;

Por este motivo, y en el marco del artículo 4.1 inciso a) y b) citado y con la finalidad de aplicar adecuadamente la Convención una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no sólo artículo por artículo sino principalmente en su significado global como *corpus iuris* del derecho internacional, teniendo como guía sus propósitos (artículo 1 de la Convención citada) y sus principios generales (artículo 3), siempre en el marco de una concepción integral de los derechos humanos –civiles y políticos, económicos, sociales y culturales- reconociendo su interdependencia e indivisibilidad (Preámbulo de la Convención).

De lo afirmado se sigue que, salvo en aquellos casos en que los derechos y principios del tratado ya estén protegidos por el Derecho interno, el Estado Parte tiene la obligación de introducir los

²¹ http://pablorosales.com.ar/es/wp-content/uploads/2011/05/CEDDIS_RES-1- I-E-11 - Observacion-general-sobre-articulo-I-2b -de-la-Convencion-OEA-art-12-Res-ONU.dot_.pdf

cambios necesarios para garantizar su conformidad con la Convención de la ONU., en los planos normativo y operativo. Pues no basta con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social, entre otros.

Por otra parte, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –con anterioridad a la nueva Convención- reconoce “para todos” la personalidad jurídica, pero fue necesario un nuevo tratado específico referido a las personas con discapacidad con una disposición precisa (artículo 12) sobre tan trascendente cuestión, debido a la falta de efectividad y a la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema de derechos humanos y en la sociedad.

El artículo 12 reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su capacidad jurídica, en sus dos sentidos, es decir como capacidad goce y como capacidad de ejercicio. Los Estados Parte reconocen la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás en todos los ámbitos de su vida. En los párrafos 3 y 4 los Estados se comprometen a proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo o asistencia que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, así como salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar abusos.

En contraposición al respeto al derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se halla el “asistencialismo” –reconocido como uno de los más arraigados obstáculos para implementar la Convención- que se caracteriza por la acción de quienes asumen la representación de otros a los que no consultan ni hacen partícipes, los “sustituyen”, siempre con “las mejores intenciones”, asumiendo que pueden decidir sobre sus deseos, elecciones y necesidades.

Sin embargo, la lectura conjunta de la definición de discapacidad y la obligación de proporcionar apoyos conduce a la conclusión de que la redacción del artículo 12 incluye a todas las personas con discapacidad.

Desde esta aseveración 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 de la O.E.A necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del artículo 12 citado. No se trata solo de analizar la perspectiva de evaluar la legislación interna de cada Estado Parte en lo que respecta a la interdicción y curatela, sino también analizar, más allá de cuestiones jurídicas, las implicaciones prácticas de estas medidas estatales.

RESOLUCIÓN

En cuanto al mandato de naturaleza jurídica el Comité resuelve

1. 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.

En cuanto al mandato de naturaleza práctica el Comité resuelve:

2. Solicitar 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

3. Instar 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.

Lo anterior significa tomar acciones en la siguiente dirección:

1. 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.

2. 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

3. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos.

4. Informar a este Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vaya logrando en este proceso“

V-PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Diversas sentencias invocan o hacen referencia a la Convención.

En el ámbito europeo, se suele destacar la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, de 30 de abril de 2009, como la primera en su ámbito que hace referencia a la Convención.

En Italia, el decreto de 9 de Abril del Tribunal de Catanzaro se pronuncia sobre ella “*amministrazione di sostegno*“ y la Convención, una vez ratificada por el estado italiano el 3 de Marzo de 2009 ⁽²²⁾

²² El texto completo puede consultarse en la web www.altalex.com

En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la capital federal, se pronuncia el 29 de Marzo de 2010 sobre la exigencia de testigos para la firma de documentación hace referencia a la Convención ⁽²³⁾.

En Colombia, la Sala Plena de la Corte Constitucional, se pronuncia el 21 de Abril de 2010 sobre la Convención, diciendo que “tanto la Convención que se revisa como la generalidad de las medidas a cuya implementación se comprometen los Estados partes, tienen el carácter de acciones afirmativas ⁽²⁴⁾”

En España, el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de Abril de 2009 analiza las reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación.

La sentencia de 27 de abril de 2010 del juzgado 15 de las Palmas de Gran Canaria se pronuncia sobre el derecho al sufragio y sobre la figura del curador.

²³ El texto completo puede consultarse en <http://el-observatorio.org/wp-content/uploads/2010/08/SENTENCIA-ARGENTINA-SOBRE-REQUISITOS-EXTRAS-EN-CONTRATO-DE-PRESTAMO-Y-DISCRIMINACION-CON-UN-BREVE-COMENTARIO.pdf>

Trascribimos el comentario de Cristóbal Fábrega:

“No podemos estar de acuerdo con dicha solución si bien la sentencia es interesante en cuanto tiene en cuenta la Convención de 2006, derecho interno español y argentino. Si observamos la CONUDHPD 2006 el que acompañaba al actor era lo que llamamos un apoyo voluntario o informal, persona de su confianza que bastaría para dar a la otra parte garantías suficientes de que entendía la información que se le daba. Estamos ante un invidente que mantiene todas sus facultades intelectuales y que solo necesita a alguien de su confianza que le lea lo que consta escrito en el contrato para que el valore si ello coincide con la información que se le ha dado verbalmente y firme dicho documento. Las garantías que la empresa necesita se dan con esa mera actitud con la cual se apoya y reafirma la capacidad del solicitante del préstamo.

Por ello difiero de la sentencia. Creo que existe discriminación en la exigencia de los dos testigos por que coloca a la persona con discapacidad sensorial en una situación distinta al resto de los ciudadanos no discapacitados sin que dicha diferencia se encuentre justificada una vez existe el apoyo necesario. Podría afectar la diferencia de acceso al préstamo al artículo 12-5º de la CONUDHPD en cuanto establece un mecanismo añadido como consecuencia de la discapacidad (se le aplica a todas las personas con discapacidad que no puedan leer y a las personas analfabetas) con independencia de las circunstancias concretas del caso lo que supone una barrera diferenciadora que, en el caso concreto en el que, dadas las circunstancias, podía haberse obviado, constituye un requisito añadido carente de justificación que entiendo discriminatorio. El mismo puede estar justificado por los protocolos de empresa o por la ley nacional, pero estos deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con la convención y en este caso bastaba el apoyo de confianza y voluntario que la persona con discapacidad había aportado”.

²⁴ Texto completo en www.corteconstitucional.gov.co

La del juzgado número 8 de Gijón de 13 de Octubre de 2009 acude a la tutela parcial. ⁽²⁵⁾

La de 11 de Febrero de 2011 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa se pronuncia sobre el derecho de sufragio, contraer matrimonio y disponer de sus bienes mortis causa, entre otras cuestiones.

Más que el contenido de las citadas sentencias, destaca la existencias ya de pronunciamientos concretos que hacen el esfuerzo necesario de plantear la adaptación o no, y sobre todo, el cómo hacerlo .

En este ámbito merece ser destacada la labor del Ministerio Fiscal en España.

Por su transcendencia, son destacables el contenido de las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/2008 sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces 4/2009 sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas, y 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, habiéndose editado un manual de buenas prácticas que según palabras de Carlos Ganzenmüller “tiende a recoger lo que nosotros consideramos adecuado de nuestra legislación, de nuestra jurisprudencia, para introducirlo en la Convención y que podamos cumplirla desde este grado mínimo en espera de una legislación adecuada. Eso es lo que nos gustaría a todos los operadores jurídicos”.

Llegados a este punto, tras este repaso de la actualidad en torno a un aspecto clave de la Convención, como es la capacidad, retorno a la pregunta inicial, si estamos como muchos aseguran en el mismo sitio que hace cinco años o si se han dado pasos que hagan creer que ese muro grueso que encierra a las personas con discapacidad se van abriendo huecos.

²⁵ Sobre esta sentencia es recomendable la lectura de la ponencia de Carlos Ganzenmüller, fiscal del Tribunal Supremo y miembro del Foro Justicia y Discapacidad, en las Jornada sobre capacidad jurídica y discapacidad del Observatorio Estatal de la Discapacidad, de Diciembre de 2010

Creo sinceramente que en este muro grueso se van abriendo huecos, que hay atisbos de luz, de esperanza.

Pero no estamos ante un reto, sino sobre todo ante una responsabilidad que no admite demora.

ANEXO

DECLARACIONES Y RESERVAS

De entre ellas, destacar:

Australia.

Momento de la ratificación.

Declaración.

Australia reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Australia declara su entendimiento de que la Convención permite por completo los apoyos o la sustitución en la toma de decisiones en nombre de una persona solamente cuando tales decisiones sean necesarias, como último recurso y sujeto a las salvaguardias.

Australia reconoce que toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y psíquica en igualdad de condiciones con los demás.

Australia declara su entendimiento de que la Convención permite la asistencia obligatoria o el tratamiento de las personas, incluidas las medidas adoptadas para el tratamiento de la discapacidad mental, cuando ese tratamiento sea necesario, como último recurso y sujeto a las salvaguardias.

Australia reconoce los derechos de las personas con discapacidad a la libertad de movimiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con los demás .

Australia además declara su entendimiento de que la convención no crea el derecho de toda persona a entrar o permanecer en un país en el que no es nacional, o se pueda incidir en los requisitos de salud de Australia por los extranjeros que intentan entrar o permanecer en Australia, donde estos requisitos se basan en criterios legítimos, objetivos y razonables.

CANADA.

Declaración y reserva.

El Canadá reconoce la presunción de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.

Canadá declara su entendimiento de que el artículo 12 permite los mecanismos de apoyo y sustitución de toma de decisiones en circunstancias apropiadas y de conformidad con la ley.

En la medida en el artículo 12 puede interpretarse como una exigencia de eliminación de todos los mecanismos de sustitución en la toma de decisiones Canadá se reserva el derecho de continuar usándolos en circunstancias apropiadas y con las garantías adecuadas y efectivas.

Con respecto al artículo 12.4 Canadá se reserva el derecho de no someter estas medidas a un a revisión periódica por una autoridad independiente, cuando esas medidas ya está sujetas a revisión o apelación.

EGIPTO

Declaración interpretativa hecha en el momento de la firma .

La república Árabe de Egipto declara que su interpretación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, que declara el reconocimiento de de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás ante la ley, con relación al concepto de capacidad jurídica tratado en el apartado 2 de dicho artículo, es que las personas con discapacidad tienen capacidad para adquirir derechos y asumir responsabilidades, pero no la capacidad para ejercerla (actuar) bajo la legislación egipcia .

FRANCIA

Declaración.

Con respecto al artículo 29 de la Convención, el ejercicio del derecho al voto es un componente de la capacidad jurídica que no puede ser restringido sino en las condiciones y de conformidad con las modalidades previstas en el artículo 12 de la Convención.

MEXICO

Declaración interpretativa.

El Estado mexicano reitera su compromiso de crear condiciones que permitan a todos los individuos desarrollar de manera integral el ejercicio de sus derechos y libertades plenamente y sin discriminación.

En consecuencia, afirmando su absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad los estados Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la convención en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional la disposición que confiere la mayor protección jurídica al tiempo que garantizan la dignidad y garantizar la integridad física, psíquica y emocional de las personas y la protección de la integridad de sus bienes se aplicará en estricta conformidad con el principio pro homine.

REPUBLICA ARABE DE SIRIA.

En el momento de la firma .

Entendimiento.

Nuestra firma de la presente Convención no implica en modo alguno reconocimiento de Israel o la entrada en relaciones con Israel, en cualquier forma y manera, en conexión con la Convención.

Hemos firmado hoy sobre la base del entendimiento que figura en la carta de fecha 5 de diciembre de 2006, dirigida por el representante permanente de Iraq acreditado ante las Naciones Unidas, en su calidad de presidente del grupo de estados árabes durante ese mes, al presidente del comité, que contiene la interpretación del grupo de estados árabes relativa al artículo 12 relativo a la interpretación del concepto de capacidad jurídica.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA Y NORTE DE IRLANDA.

Reservas.

Igual reconocimiento ante la ley -Convención artículo 12.4

Las disposiciones del Reino Unido, por el que el secretario de estado puede designar una persona para el ejercicio de derechos en relación a las demandas de seguridad social y los pagos en nombre de una persona que es en ese momento incapaz de actuar no están actualmente sometidas a la salvaguardia de una regular revisión, como exige el artículo 12.4 de la convención y el Reino Unido se reserva el derecho de aplicar dicho régimen .El Reino Unido está por lo tanto trabajando hacia un sistema proporcional de revisión .