



## **Papeles el tiempo de los derechos**

“Sobre la capacidad”

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Discapacidad. Capacidad. Igualdad y No Discriminación

Número: 4

Año: 2009

## **Sobre la capacidad<sup>1</sup>**

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

Como es sabido, la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 12, reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, lo que implica un cambio fundamental en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Se trata de un cambio que puede llegar a tener unas consecuencias muy importantes. Pero para ello es necesario modificar y replantearse algunos presupuestos, concepciones e instituciones que exceden del campo de lo jurídico. En efecto, alguno de estos cambios van más allá de lo jurídico proyectándose en el propio discurso ético contemporáneo.

### **1.- ¿DONDE ESTAMOS?**

#### **1.1.- El papel del ser humano en la ética y el Derecho**

La idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. En efecto, tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de Derecho, como la propia Dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad.

En el discurso jurídico y en el ético, la capacidad y la discapacidad está condicionada por la posesión de una serie de rasgos de carácter personal. No obstante, en ocasiones la discapacidad es una situación y no una cuestión de identidad. En efecto, la

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una primera versión de un estudio que se publicará dentro de un Libro coordinado por Agustina Palacios y Francisco Bariffi, sobre *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*. Se ha realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007, y en el del proyecto “El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español”, Ministerio de Ciencia e Innovación. DER 2008-03418

discapacidad y la capacidad, puede producirse a veces por circunstancias, estructuras y condicionantes sociales. Esto es precisamente lo que expresa, en el tratamiento de la discapacidad, el llamado modelo social.

Los referentes que determinan lo que se entiende por capacidad en el ámbito ético y en el jurídico son consecuencia de la propia idea de dignidad humana, tal y como ha sido construida desde su origen (en la modernidad) hasta nuestros días y que se presenta como argumento justificatorio de los derechos.

La teoría de los derechos humanos ha estado cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su “capacidad” para razonar, por su “capacidad” para sentir y por su “capacidad” para comunicarse. Es ese modelo el que constituye (el que ha constituido tradicionalmente) el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral.

Esos atributos se presentan como argumentos que avalan la posibilidad de hablar de la dignidad humana y, desde ellos, se justifica la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad, en definitiva, de esas capacidades. Los derechos se presentan así como mecanismos que protegen el desenvolvimiento de la dignidad, principalmente limitando, restringiendo o eliminando las barreras que el uso de las “capacidades” puede encontrar.

La dignidad humana se ha construido así subrayando lo que podríamos entender como dimensión abstracta de la persona, dejando a un lado la dimensión contextual o situada.

Por otro lado, junto al principio de la dignidad humana existe otro principio que, en la actualidad, preside el discurso de los derechos y, de esta forma buena parte de los discursos ético y jurídico. Se trata del principio de igualdad y no discriminación. La lectura contemporánea de este principio parte, de manera paradójica del hecho de la diferencia como caracterizador de los seres humanos y, a partir de aquí, plantea el análisis de que diferencias son relevantes para un trato distinto y que diferencias no lo son. Se considera así como discriminatorio tanto el trato diferente basado en circunstancias no relevantes, cuanto el trato no diferente desconocedor de circunstancias relevantes. Las circunstancias que se tienen en cuenta en este campo se corresponden bien con rasgos de las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la identidad) bien con situaciones en las que se encuentran las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la situación).

## **1.2.- Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar**

En el ámbito jurídico, es común diferenciar entre personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera sirve para hacer referencia a todas las personas; la segunda es entendida como consecuencia de la personalidad y se traduce en el reconocimiento de la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones; la tercera, la capacidad de obrar, se relaciona con el ejercicio de los derechos y las obligaciones. Así, mientras que en teoría, las dos primeras se tienen por el hecho de ser persona, la tercera requiere de algunos otros rasgos o, si se prefiere, puede ser limitada por determinadas circunstancias.

En el Derecho español, las limitaciones a la capacidad de obrar tienen que ver con la edad y con la incapacitación. Esta última, que suele ser considerada como un estado civil, es consecuencia de una sentencia basada necesariamente en lo dispuesto en el artículo 200 del Código civil: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Y suele entenderse que una persona no puede gobernarse por sí misma cuando adopta decisiones y realiza actos considerados socialmente como perjudiciales o inconvenientes para ella misma. La limitación de la capacidad de obrar, esto es la incapacitación, puede conllevar la asignación de un tutor, representante legal del incapacitado y que sustituye a este en el “obrar”, o de un curador, que asiste o complementa al incapacitado sin sustituirle.

El sistema de incapacitación establecido en la normativa española (Ley 13/83 de 24 de octubre) es un sistema flexible que deja en manos de juez la graduación de la capacidad atendiendo al grado de discernimiento de cada sujeto y la determinación de los actos en los que la persona precisa la asistencia. Ahora bien, como es sabido, la aplicación práctica ha llevado a establecer dos grados de discapacidad, la absoluta que conlleva la tutela y priva de capacidad de obrar en todos los ámbitos al afectado, y la parcial o relativa, que conlleva la curatela y la asistencia al “obrar” del afectado en todos los ámbitos.

En este sentido, como se habrá observado, el tratamiento de la capacidad y la discapacidad en nuestro Ordenamiento jurídico sigue, en cierto sentido, los referentes de los que hablamos en el punto anterior.

## **1.3.- La Convención y la capacidad: el paso hacia el modelo de apoyo desde la perspectiva de la situación.**

Como señalamos al comienzo, la cuestión de la capacidad aparece expresamente en el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo éste uno de los artículos más discutidos. El objeto de la discusión se centraba en el significado y extensión de la capacidad jurídica y enfrentaba a quienes integraban en ese término a la capacidad de obrar con quienes lo diferenciaban de ésta.

Junto al artículo 12, para el tema que nos ocupa, resulta esencial la lectura del artículo 5, referido a la no discriminación y, más en concreto, lo dispuesto en su apartado 2, donde se prohíbe la discriminación basada en la discapacidad.

El artículo 12 de la Convención dispone, en su apartado 2, que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. Con ello, tal y como quedó reflejado en la disputa anterior a su aprobación, el precepto expresa lo que ha sido denominado en el ámbito de la capacidad como el paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo.

Por otro lado, el artículo 5,2 de la Convención señala: “Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”. En este artículo encontramos los dos enfoques que aludimos al hablar de la igualdad. Sin embargo, el modelo social que inspira el texto internacional, nos obliga a poner el acento en la perspectiva de la situación.

El paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo unido a la sustitución del enfoque de la identidad por el enfoque de la situación, constituyen sin duda el principal reto de la Convención ya que, en línea de principio, vienen a cuestionar claramente la limitación de la capacidad jurídica y con ello la incapacitación de las personas. La Convención obliga así a dejar a un lado los procedimientos existentes de sustitución de la voluntad (la tutela) y sustituirlos por otros de apoyo, exigiendo en todo caso, que las medidas sean de carácter individual, proporcionales y temporales.

## **2.- ¿HACIA DONDE DEBEMOS IR? UNA NECESARIA RELECTURA DE LA CAPACIDAD ÉTICA Y JURÍDICA**

El discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de un modelo estándar que he intentado resumir en los puntos anteriores pero que no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral. El concepto de

dignidad es una construcción humana y, como tal, puede ser cambiado y abrirse a nuevas dimensiones.

Es posible plantear otra concepción del individuo, del agente moral y de la dignidad que, sin distanciarse de los valores presentes en el discurso moderno, tenga en cuenta las siguientes dimensiones:

- a) La idea de capacidad es gradual y relativa.
- b) No existe relación entre talento y dignidad, por lo que la idea de que a mayor talento (o si se prefiere a mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad, no es válida.
- c) El mayor o menor grado de capacidad o de discapacidad puede deberse a circunstancias de carácter temporal (además de social) y pueden evolucionar y adquirirse a través de procesos y metodologías.
- d) La consecución de planes de vida, esto es, el logro de una vida humana digna o, si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad, es algo que le corresponde determinar a cada individuo desde su propia autonomía moral. Y esta vida humana digna necesita de la satisfacción de una serie de exigencias y necesidades, que se presentan como instrumentos necesarios para ello. Esta es, precisamente, una de las funciones de los derechos, permitir un igual desarrollo independiente de la autonomía individual.
- e) Debemos desembarazarnos de ciertos patrones ideales que proyectamos sobre el concepto de vida humana digna y que convierte en indigna y especial, la situación en la que se encuentran ciertos colectivos.
- f) La capacidad esta irremediamente conectada a la posibilidad, pero no debe ser confundida con ella. Dicho de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y otra, bien distinta, es tener la posibilidad de razonar, sentir y comunicarse. Es importante luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo “natural” o algo que hemos construido.

Desde estas matizaciones, lo que debemos cuestionarnos de manera definitiva es la relación entre capacidad y dignidad humana. Y si mantenemos esa relación, es necesario modificar, tal y como proponen los movimientos de vida independiente, la terminología que utilizamos para referirnos a las personas con discapacidad empleando el término de personas con diversidad funcional o con diversidad intelectual.

Aquellos que poseen una racionalidad, sentimiento o comunicación diversa (que finalmente somos todos los seres humanos) deben ser agentes relevantes en la discusión moral. Dicho de otra manera, el sujeto moral es aquel que, de alguna manera, cuenta

con la posibilidad –actual o potencial, en grado mínimo o máximo, de un modo o de otro- de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida.

En este sentido, a la vista de la Convención, parece oportuno extender al campo de la diversidad mental e intelectual, la misma estrategia utilizada para la diversidad física. Como es sabido, el tratamiento de ésta se apoya en un principio general como es la accesibilidad y un principio individual como es el de los ajustes razonables. El ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. En este sentido, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño para todos. Pues bien, este mismo esquema puede funcionar con la capacidad jurídica. Esta, como la accesibilidad es el presupuesto y la aspiración. Ahora bien, pueden existir situaciones que exijan un ajuste (apoyo) en el ejercicio de esa capacidad. La necesidad de realizar ajustes razonables surge, en el ámbito de la discapacidad física, porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo; porque en ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Y algo parecido puede ocurrir en el campo de discapacidad mental e intelectual, en el que una persona puede necesitar el apoyo (el ajuste) de alguien.

La Convención apuesta en este campo por el modelo de apoyo frente al de sustitución, estableciendo que las medidas basadas en este modelo deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; aplicarse en el plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Así, el sistema de apoyo debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona; (iii) tener la menor

duración posible y ser revisables periódicamente; (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona.

Por otro lado la Convención opta por el enfoque de la situación frente al enfoque de la identidad, lo que obliga a que cuando se abandone ese modelo de apoyo, por ejemplo en situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, se haga en razón de la situación determinada, y nunca en razón de la discapacidad.