

# LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL<sup>1</sup>

THE LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE ARTICLE 12 OF THE UN CONVENTION AND ITS IMPACT ON THE SPANISH LEGAL SYSTEM

PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
Universidad Carlos III de Madrid<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 09-09-10  
Fecha de aceptación: 24-09-10

**Resumen:** *Este trabajo se ocupa del estudio del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del análisis de su impacto en el Ordenamiento jurídico español. Este precepto supone un cambio fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica que permitirá a las personas con discapacidad acceder al ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. La adaptación de la legislación española a este novedoso tratamiento exige una reforma profunda del sistema de incapacitación vigente y de sus instituciones básicas.*

**Abstract:** *This work deals with the study of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the analysis of their impact on the Spanish legal system. Article 12 implies a fundamental change in the treatment of legal capacity that will allow people with disabilities access to exercise of humans*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha elaborado gracias al Programa de Ayudas de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007 y del Proyecto "Historia de los Derechos Fundamentales en el siglo XX", DER2008-0394. Agradezco a Rafael de Asís y a María del Carmen Barranco Avilés sus comentarios y sugerencias.

<sup>2</sup> Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" y Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.



*rights on an equal basis with others. The adaptation of Spanish legislation to this new treatment requires a thorough reform of the current incapacitation system and its basic institutions.*

**Palabras clave:** discapacidad, capacidad jurídica, incapacitación, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**Keywords:** disability, legal capacity, incapacitation, Convention on the rights of persons with disabilities.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –en adelante CIDPD– aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006, fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Esta Convención amplia, temática e integral cuyo propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” tendrá un importante impacto en las diferentes ramas de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>3</sup>. Pues bien, sin lugar a dudas, la cuestión de la capacidad jurídica es uno de los ámbitos en los que la incidencia de la CIDPD en los Derechos internos será especialmente relevante.

En el presente trabajo pretendo analizar, desde una perspectiva general, el significado y las implicaciones de la CIDPD –y, en particular, de su art. 12– en el tratamiento de la capacidad jurídica y realizar algunas reflexiones acerca de su impacto en el Ordenamiento jurídico español. Como trataré de justificar en lo que sigue –a través del estudio del enfoque que asume, de la filosofía en la que se inspira y de su interpretación sistemática– el art. 12 de la

<sup>3</sup> Vid. en general el Informe “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”, coordinado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” (<http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Biblioteca/Publicaciones/Páginas/Inicio.aspx?TS-MEIdPub=55>). Algunos de los trabajos que integran este informe se han publicado en P. CUENCA GÓMEZ, (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.



CIDPD exige a los Estados parte garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica, obligando a modificar aquellas legislaciones nacionales, como la española, que se enfrentan con esta exigencia. Esta modificación –en contra de lo señalado por la STS de 29 de abril de 2009 y de la dirección a la que parecen apuntar los informes presentados por el Gobierno español sobre las medidas adoptadas hasta el momento en cumplimiento de la Convención<sup>4</sup> y las principales medidas a desarrollar en el futuro<sup>5</sup>– debe suponer una renovación sustancial de un campo tradicionalmente resistente a los cambios, que permita a las personas con discapacidad convertirse, de una vez por todas, en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

## 2. EL ENFOQUE DEL ART. 12: LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Suele afirmarse que la CIDPD implica un cambio de paradigma en el tratamiento del fenómeno de la discapacidad, que puede sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos<sup>6</sup>. Para valorar la importancia y el alcance de esta afirmación conviene tener presente, de un lado, que, aunque en la actualidad es común abordar la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos, ello no siempre ha sido así<sup>7</sup> y, de otro, que la asunción de esta perspectiva ha sido en muchas ocasiones meramente nominal y, sobre todo, que casi nunca ha ido acompañada de la adopción de

---

<sup>4</sup> Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 5 de mayo de 2010 (<http://www.cermi.es/es-ES/Novidades%20e%20informaci%C3%B3n%20de%20interes/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=976>)

<sup>5</sup> Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborado por la Comisión Interministerial y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010 ([http://www.infodisclm.com/documentos/informes/informe\\_convencion\\_onu.html](http://www.infodisclm.com/documentos/informes/informe_convencion_onu.html))

<sup>6</sup> Vid. por ejemplo, A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.

<sup>7</sup> R. de ASÍS ROIG, “Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos” en I. CAMPOY CERVERA, y A. PALACIOS, (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007.

las medidas necesarias para su coherente, adecuada y completa plasmación en la realidad<sup>8</sup>. Manejar un enfoque de derechos humanos implica tomarse en serio la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio.

Bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” el art. 12 de la CIDPD contiene una serie de previsiones cruciales para materializar este enfoque. Este precepto reafirma que “todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (inciso 1) y obliga a los Estados parte a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (inciso 2); a adoptar “todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (inciso 3); a asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos” especificando algunas de ellas (inciso 4); y finalmente alude (en su inciso 5) a la obligación de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una serie de ámbitos patrimoniales en los que tradicionalmente han visto vulnerada su igualdad de oportunidades. El tenor de este precepto pone de relieve que la CIDPD supone, también, un punto de inflexión en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Tradicionalmente, la capacidad jurídica se ha venido considerando en las legislaciones nacionales como una cuestión técnica<sup>9</sup>, cuya regulación ha sido abordada, básicamente, desde una perspectiva iusprivatista<sup>10</sup>. Probablemente, la adopción de tal enfoque explica que esta temática haya sido ob-

<sup>8</sup> Vid. el *Discurso de Bengt Lindqvist*, Relator Especial sobre Discapacidades de la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas, en el 19º Congreso de Rehabilitación Internacional, Río de Janeiro, 25 a 30 de agosto de 2000.

<sup>9</sup> G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>.

<sup>10</sup> F. BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, p. 356.



viada por la normativa y las políticas de derechos humanos adoptadas por los Derechos internos, también por el orden jurídico español, en el ámbito de la discapacidad.

Sin embargo, es evidente que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos<sup>11</sup>. Esta idea, que en los últimos tiempos parece haber arraigado en la comunidad internacional, se plasma claramente en la CIDPD que contempla la capacidad jurídica, del mismo modo que la discapacidad en general, como una cuestión de derechos humanos. Así, a partir de su entrada en vigor, la capacidad jurídica debe ocupar un lugar de primer orden en una reforma integral orientada a lograr la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en cumplimiento del propósito de este instrumento internacional<sup>12</sup>.

Ciertamente, la capacidad jurídica constituye la “puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”<sup>13</sup>. En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha subrayado el “carácter central” que el art. 12 posee “en la estructura de la Convención” y “su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos”<sup>14</sup>. La capacidad jurídica se erige, así, en “condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”<sup>15</sup> por parte de las personas con discapacidad.

Como sucede con el resto del articulado de la CIDPD<sup>16</sup>, el art. 12 es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación

---

<sup>11</sup> Idem, p.357.

<sup>12</sup> G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, ya citado.

<sup>13</sup> F. BARRIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 357.

<sup>14</sup> “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009 ([http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc).) También en el *Manual para Parlamentarios sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo* elaborado por la ONU (<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>) se señala que “El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos”.

<sup>15</sup> A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, p. 419.

<sup>16</sup> Idem, p. 87.

con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica. Y de igual forma que el conjunto del texto internacional, este precepto supone una aplicación coherente de los valores en los que se sustenta el discurso de los derechos – dignidad, autonomía, solidaridad– al ámbito de la discapacidad y, especialmente, al ámbito de la discapacidad mental o intelectual –pero también al campo de determinadas discapacidades sensoriales– en el que tradicionalmente habían sido pasados por alto o se habían proyectado de manera menos rigurosa<sup>17</sup>.

Aunque no puedo detenerme en exceso en el análisis de esta cuestión, es importante señalar que, en todo caso, la superación de esta contradicción exige no sólo una modificación de la normativa y las políticas de derechos humanos, sino también, como se ha ocupado de poner de relieve Rafael de Asís en diversos trabajos, un replanteamiento de la teoría “estándar” de los derechos cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado por sus capacidades<sup>18</sup>. En efecto, la dignidad humana –referente central del discurso de los derechos– tiene como presupuesto la consideración de los seres humanos como agentes morales, esto es, como sujetos dotados de ciertas “ca-

<sup>17</sup> Vid. en relación con la discapacidad en general G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002 ([http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability\\_sp.pdf](http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability_sp.pdf)) y en relación con la discapacidad mental e intelectual G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit. Vid. también sobre la proyección de los valores mencionados en el ámbito de la discapacidad I. CAMPOY CERVERA, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 8, 2004-2005, pp. 125-155.

<sup>18</sup> Vid. R. de ASÍS ROIG, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”, en I. CAMPOY CERVERA, (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59-73; “Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos” ya citado y “Sobre la capacidad” en F. BARRIFFI, y A. PALACIOS, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, en prensa. Un examen crítico del tratamiento que las teorías de la justicia basadas en derechos dan a las personas con discapacidad puede verse en el trabajo de M.C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007 en el que la autora modifica sus planteamientos anteriores que excluían a algunas personas con discapacidades mentales. Vid. también la crítica de M. A. STEIN, “Disability Human Rights”, *California Law Review*, vol. 95, núm.1, 2007, al trabajo de Nussbaum.

pacidades” y “capaces” de orientarlas hacia la elección, elaboración y puesta de marcha de planes y proyectos de vida<sup>19</sup>. Desde estas premisas, se pone en cuestión la “capacidad” moral de aquellos individuos, como las personas con determinadas discapacidades, que no cumplen –o que parece que no cumplen– en una medida satisfactoria los rasgos que definen la idea de dignidad humana. Y la traslación de esta visión al ámbito del Derecho conduce también, como después se verá con algún detalle, a cuestionar su “capacidad” jurídica y, con ello, su aptitud para ejercer por sí mismos los derechos fundamentales que el sistema jurídico les reconoce. Una teoría de los derechos coherente debería reconocer la igual capacidad moral de todos seres humanos sin exclusiones; contribuir a erradicar los prejuicios existentes en relación con las personas con discapacidad que, en muchas ocasiones, poseen una “capacidad” plena para poner en marcha sus proyectos de vida y justificar, en aquellas situaciones en las que los individuos pueden encontrar dificultades para su desarrollo moral, la adopción de medidas tendentes a eliminarlas o paliarlas. A mi modo de ver, estas ideas subyacen tras la CIDPD y forman parte del enfoque desde el que el art. 12 aborda la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

### 3. LA FILOSOFÍA DEL ART. 12: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL MODELO SOCIAL

Todo el texto de la CIDPD, y también su artículo 12, plasma la filosofía propia del modelo social de la discapacidad<sup>20</sup>. Y, como ocurre en el tratamiento de la discapacidad en general, también el modelo social es el único plenamente compatible con la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos y con la exigencia de igualdad de las personas con discapacidad en este ámbito. En todo caso, para valorar lo acertado de esta afirmación y comparar las implicaciones que se derivan del tratamiento de la capacidad jurídica conforme a los postulados del modelo social con las que se desprenden de su visión de acuerdo con los presupuestos del modelo médico, resulta impres-

<sup>19</sup> Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho” en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 265-277 y *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dykinson, 2002.

<sup>20</sup> La plasmación del modelo social en la Convención ha sido analizada con detalle por A. PALACIOS en el trabajo antes citado *El modelo social de discapacidad*.

cindible realizar con carácter previo algunas precisiones conceptuales y terminológicas en torno a la noción de “capacidad jurídica”.

### 3.1. Personalidad jurídica y capacidad jurídica

Como antes se señaló, el art. 12 de la CIDPD emplea los términos personalidad jurídica, en su inciso primero, y capacidad jurídica, en su inciso segundo. Dejaré para un análisis posterior la determinación del sentido de estos conceptos en el texto de la Convención. En este momento me limitaré a analizar su significado con carácter general.

La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y, por tanto, constituye un requisito previo o una precondition imprescindible para la adquisición de derechos y deberes<sup>21</sup>. Por lo que respecta a la noción de capacidad jurídica, cabe diferenciar, a su vez, dos dimensiones o elementos. De un lado, un elemento estático o pasivo que hace referencia a la capacidad o idoneidad para ser sujeto o titular de derechos (*capacity of rights*). Y, de otro, una dimensión dinámica o activa que alude a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos (*capacity of act*)<sup>22</sup>.

En los ordenamientos jurídicos de base latina –como el ordenamiento jurídico español– se establece una distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>23</sup>. La personalidad jurídica se define

<sup>21</sup> Vid “Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>).

<sup>22</sup> Este es el modelo seguido en el Derecho francés que distingue en la capacidad jurídica entre capacidad de goce y de ejercicio y que inspira gran parte de los ordenamientos latinoamericanos.

<sup>23</sup> Vid. entre otros, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid 1984, p. 3 y pp. 49 y 50 y L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003. Sobre la temática de la capacidad jurídica y la discapacidad, Vid. J.J. SOTO RUIZ, “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado” en R. DE LORENZO, y L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 577-622 y C. PÉREZ DE ONTIVEROS, “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español”, *Capacidad Jurídica y Discapacidad. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de trabajo núm. 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Madrid, 2009.

en los términos previamente descritos<sup>24</sup>. Por su parte, la capacidad jurídica se identifica con el elemento estático antes señalado, esto es, con la posibilidad de ser titular de derechos<sup>25</sup>. Y, finalmente, la capacidad de obrar alude a la dimensión dinámica, es decir, a la aptitud para el ejercicio de los derechos<sup>26</sup>.

Como se comprobará, ya se diferencie exclusivamente entre personalidad jurídica y capacidad jurídica o ya se añada a este binomio el concepto de capacidad de obrar, lo relevante para el tema que nos ocupa es que mientras que la personalidad jurídica y la capacidad para ser titular de derechos, también de derechos fundamentales, (capacidad jurídica en el sistema español) se adquieren por el hecho de ser persona<sup>27</sup>; la capacidad de ejercer los derechos, también los derechos fundamentales, (capacidad de obrar en el sistema español) se entiende que puede ser limitada o restringida por razón

---

<sup>24</sup> Según F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 31 la personalidad jurídica es la “cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre (como tal)”.

<sup>25</sup> Idem, p. 46. Se trata “de una cualidad pasiva para ser receptor de efectos jurídicos”, M.E. ROVIRA SUEIRO, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces, p. 14 siguiendo a E. RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Ed. Cedes, Barcelona, 1999. En concreto, F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 84, se refiere a la capacidad jurídica “iusfundamental” que “refleja la abstracta capacidad del individuo para ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones fundamentales”.

<sup>26</sup> Es aquella “cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos”, F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 49 y 50. Y, en este sentido, posee, a diferencia de la capacidad jurídica, un carácter activo. También alude F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General...*, cit., p. 86, a la capacidad de obrar “iusfundamental” definida como “como la capacidad para que el titular del derecho lo ejerza por sí mismo, cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que forman parte del contenido subjetivo del derecho”.

<sup>27</sup> En nuestro sistema la capacidad jurídica se considera reflejo de la personalidad y, por ende, es la misma para todas las personas, no conoce de grados ni modificaciones y no se ve afectada por las circunstancias personales de los individuos, A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 26 y ss. y A. GULLÓN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar” en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp.13-22, pp. 13 y 14. Como señala F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General...*, cit., p. 84 “la mera adquisición de la personalidad es, conforme al art. 10, el único requisito para la posesión de la dignidad y para el disfrute de la capacidad jurídica iusfundamental a ella anudada, que, en ese sentido, vendría a identificarse con la capacidad para ser titular de los derechos inviolables que le son inherentes”.

de determinados rasgos “personales” o “naturales”<sup>28</sup>, que se considera impiden a los sujetos autodeterminarse libremente de manera consciente y responsable. Entre ellos –como consecuencia de la adopción del modelo médico en el tratamiento de este fenómeno– se incluye en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos, y también en el sistema español, la discapacidad.

### 3.2. Modelos de tratamiento de la discapacidad y capacidad jurídica

Los modelos de tratamiento de la discapacidad ofrecen respuestas distintas a la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad y, consecuentemente, a la cuestión del reconocimiento de su capacidad jurídica<sup>29</sup>. Dejando al margen el modelo de la prescindencia<sup>30</sup> –claramente enfrentando con un enfoque de derechos humanos y en relación con el cual cabría afirmar que las personas con discapacidad no tendrían si siquiera reconocida la condición de persona (no tendrían, por tanto, personalidad jurídica)<sup>31</sup>– me centraré en el análisis del modelo médico y del modelo social<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Así, en el ordenamiento jurídico español la capacidad de obrar no es la misma para todos, sino que se presenta como contingente y variable en función de las condiciones personales de los sujetos, A. GULLÓN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 14.

<sup>29</sup> Una exhaustiva descripción de estos modelos puede encontrarse en A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, obra ya citada.

<sup>30</sup> Como ha señalado A. PALACIOS en *Idem*, pp. 36 y ss. el modelo de la prescindencia entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas. Las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones –porque son una carga para su familia y para la sociedad; porque son un castigo divino; porque, por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena ser vividas– y se decide prescindir de ellas, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea marginándolas o tratándolas como objeto de caridad.

<sup>31</sup> M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher, 2005, p. 369 “el reconocimiento de la personalidad jurídica supone una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales...sin este derecho, el individuo podría ser reducido a un mero objeto” no sería “considerado una persona en el sentido jurídico, y, por tanto, podría ser privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida...”. Cabe precisar que en el momento histórico en el que surge el modelo de la prescindencia no existe el concepto de persona, ni de personalidad jurídica.

<sup>32</sup> Además de A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 66 y ss., Vid. sobre estos modelos M. OLIVER, *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996; C. BARNES, y G. MERCER, *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003 o L. BARTON, (comp.) *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998.



El modelo médico o rehabilitador considera la discapacidad como un problema centralmente *individual*, que tiene su origen en las “limitaciones” de la persona originadas por el “padecimiento” de una deficiencia. Desde este enfoque, las personas con discapacidad deben “normalizarse” o “rehabilitarse” para poder ser integradas en la sociedad. De este modo, la normalización se convierte en requisito previo para la integración y, por tanto, se presenta como una condición imprescindible para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, consecuentemente, para su acceso en idénticos términos a la capacidad jurídica.

Asumiendo esta visión, el modelo médico reconoce a todas las personas con discapacidad personalidad jurídica y la dimensión estática de la capacidad jurídica (esto es, capacidad jurídica en el Derecho español) considerándolos titulares de los mismos derechos fundamentales que poseen los demás ciudadanos. Ahora bien, al mismo tiempo, permite y justifica la introducción de importantes restricciones y limitaciones en la capacidad de ejercicio de los derechos (esto es, en la dimensión dinámica de la capacidad jurídica o, en los términos del sistema español, en la capacidad de obrar) en relación con algunas personas con discapacidad.

En este sentido, el modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas –sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas– que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable<sup>33</sup>. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal –singularmente sujetos con discapacidades psíquicas o mentales, pero en ocasiones también sensoriales– son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que este modelo ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta

---

<sup>33</sup> Vid. también R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, antes citado.

como pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico.

Para finalizar la exposición de las implicaciones que se derivan de la adopción de la perspectiva médica y del modelo de sustitución en el ámbito de la capacidad jurídica, me parece relevante realizar tres órdenes de consideraciones.

La primera es que el modelo médico no considera problemática desde el punto de vista de los derechos la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que la acepta como algo natural, inevitable y, por ende, perfectamente tolerable. Y, más aún, contempla tal limitación como una restricción necesaria para la protección de estos sujetos<sup>34</sup>.

La segunda es que el enfoque rehabilitador, aunque *de iure* sólo limita la capacidad jurídica de determinadas personas con discapacidad, *de facto* dificulta el ejercicio de los derechos de todas las personas con discapacidad, también de aquéllas a las que en teoría reconoce plena capacidad jurídica. Y ello porque desde este modelo son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse individualmente a unos derechos universales diseñados por y para el ciudadano estándar, de manera que cuando no consiguen superar sus “desviaciones” ineludiblemente verán restringidas sus posibilidades de ejercicio de los derechos.

En tercer lugar, conviene tener presente que la limitación de la capacidad jurídica afecta no sólo a la esfera económica, sino también a esferas políticas, civiles, ciudadanas y personales<sup>35</sup>. Sin embargo, los sistemas de sustitución se centran en exceso –como consecuencia del tratamiento de la capacidad jurídica desde los principios propios del Derecho civil– en la protección de los aspectos patrimoniales y descuidan las demás esferas<sup>36</sup>. En efecto, por lo que respecta a los aspectos no patrimoniales, y a pesar de que también sobre ellos se proyectan en muchas ocasiones los mecanismos de sustitución, no suelen establecerse previsiones específicas, lo que conlleva el

---

<sup>34</sup> L.C. PÉREZ BUENO, “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención: una visión desde el movimiento asociativo español”, p. 9, artículo elaborado a partir de los materiales preparados para la intervención del autor en el II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad, organizado por la Asociación AMAR, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009 [http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica\\_29112009.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc)

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>36</sup> F. BARIFFI, “La capacidad jurídica ...”, *cit.*, p. 383.



desamparo de las personas “incapacitadas” en estos ámbitos. La excepción la constituyen algunos derechos personalísimos –muchos de ellos relacionados con el tratamiento médico– en los que la sustitución se permite expresamente, se regula específicamente y se reviste de algunas garantías especiales<sup>37</sup>.

En relación con esta temática, interesa señalar que algunos planteamientos defienden la conveniencia de circunscribir la operatividad de los mecanismos de sustitución al ámbito patrimonial, dejando al margen aquellas cuestiones que inciden en el ejercicio de derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que para el válido ejercicio de tales derechos bastaría con que su titular posea lo que se denominada “capacidad natural” entendida como la capacidad de entendimiento y juicio suficientes para comprender, dada una determinada situación, el alcance y consecuencias de la decisión a adoptar<sup>38</sup>. Sin embargo, a mi modo de ver, esta posición, a pesar de que trata de ser más respetuosa con la autonomía de las personas con discapacidad, plantea problemas evidentes. Y es que la prohibición de la sustitución en los ámbitos vinculados a los derechos fundamentales, sin que se prevean otras medidas orientadas a superar los obstáculos que las personas pueden encontrar para el ejercicio de su llamada “capacidad natural”, puede redundar en su exclusión total de unas esferas de actuación consideradas esenciales<sup>39</sup>.

En síntesis, el tratamiento de la capacidad jurídica desde el modelo médico y los mecanismos de sustitución expresa una actitud excesivamente paternalista, genera sobreprotección, refuerza los estereotipos y actitudes ne-

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, en relación con la esterilización, los ensayos clínicos, los internamientos y tratamientos forzosos que afectan al derecho a la capacidad reproductiva, a la salud, a la integridad física y moral, a la libertad etc. Las garantías señaladas suelen consistir en la necesidad de autorización judicial para que opere la sustitución de la voluntad de la persona afectada.

<sup>38</sup> Vid. por ejemplo M. J. SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

<sup>39</sup> A este problema alude C. PÉREZ DE ONTIVEROS en su trabajo “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 335-368, p. 364. La autora considera que las medidas sustitutivas –que, a su juicio, no están totalmente excluidas por la CIDPD– no deben incidir en las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales cuando las personas a ellas sometidas tengan suficiente capacidad natural, pero no deja de apuntar que la Convención obliga a “reflexionar acerca del establecimiento de mecanismos más flexibles de actuación que potenciaran la posible capacidad residual de la persona incapacitada”.

gativas hacia las personas con discapacidad, infravalora sus aptitudes y perpetúa su dependencia<sup>40</sup>. Las personas con discapacidad se convierten en sujetos pasivos en relación con sus derechos, lo que supone una vulneración de su igual dignidad y autonomía.

Distanciándose del modelo médico, el denominado modelo social se caracteriza por trasladar el centro del “problema” de la discapacidad desde el individuo a la sociedad<sup>41</sup>. De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad no se consideran personales –o, al menos, no principalmente personales– sino preponderantemente sociales<sup>42</sup>. Dicho de otro modo, no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que *discapacitan*, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presentes a las personas con discapacidad, estableciendo barreras que las excluyen y discriminan<sup>43</sup>. Para el modelo social la discapacidad es, por ende, una cuestión de discriminación y exclusión y, por tanto, una cuestión de derechos humanos.

El modelo social asume una mirada “desde” los derechos<sup>44</sup> porque considera que las limitaciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son ni naturales, ni inevitables, ni tolerables, sino el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca. Y mira “hacia”

---

<sup>40</sup> Como ha señalado G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit., el modelo de sustitución introduce a las personas con discapacidad intelectual en un círculo vicioso, dado que la negación del derecho a tomar sus propias decisiones por sí mismos provoca que las habilidades para hacerlo no estén suficientemente desarrolladas y ésta es precisamente la justificación a la que se apela para considerarlos incapaces. Vid. también en esta línea “Key elements of a system for supported decision making”, Inclusion Europe, <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>.

<sup>41</sup> G. QUINN y T. DEGENER., *Derechos Humanos y Discapacidad*, cit., p. 12.

<sup>42</sup> A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 103.

<sup>43</sup> Vid. en este sentido los Principios Fundamentales elaborados por UPIAS en 1976 (siglas en inglés de la Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación) en relación con la discapacidad física, que luego se extendieron para incluir otro tipo de discapacidades. Vid. también M. OLIVER, “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”, cit., p. 47; J. MORRIS, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991, p. 17 y G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad*, cit., p. 12.

<sup>44</sup> R. de ASÍS ROIG, F. BARIFFI y A. PALACIOS, “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., pp. 83-113, p. 84.



los derechos<sup>45</sup> porque entiende que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión, garantizando el pleno respeto de la igual dignidad de las personas con discapacidad. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos.

El modelo social rechaza la ideología de la normalización al considerar que la idea normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante”, generando barreras y limitaciones a la participación de aquéllos que no encajan en el modelo estándar<sup>46</sup>. Pues bien, el art. 12 de la CIDPD es directa consecuencia de la extensión de los presupuestos del modelo social al ámbito de la capacidad jurídica y, con ello, al campo de determinadas diversidades en relación con las cuales subsisten importantes prejuicios para su aceptación. En este contexto, el modelo social exige la construcción de una nueva visión de la capacidad jurídica que tenga en cuenta, al menos, las siguientes dimensiones:

- 1) La capacidad jurídica no es algo “natural”, sino una construcción social que históricamente ha servido para excluir del mundo del Derecho y de los derechos a determinados colectivos, entre ellos, a las personas con discapacidad<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Ch. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, p. 7.

<sup>47</sup> Vid. A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*, p. 1: “Lo primero que hay que valorar en relación con la capacidad jurídica es que es una construcción social y de este modo refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas. Históricamente, la capacidad ha sido un atributo o una presunción que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones... De este modo, cuando nos estamos preguntando por la incapacitación legal que se aplica contra nosotros (personas con discapacidades psicosociales), estamos, por decirlo de algún modo, pisando caminos que ya han sido recorridos por otros grupos excluidos. Estamos afirmando que la incapacidad que la sociedad sitúa en relación a algunos de nosotros es falsa y que tenemos derecho a vivir, como los demás, en nuestros propios términos” ([http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP\\_Legal\\_Capacity.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP_Legal_Capacity.doc)). También T. MINKOWITZ, insiste en que la capacidad jurídica es una construcción social y legal y no un atributo de la persona “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica ([http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf)).

- 2) Dicha construcción social ha privilegiado cierto tipo de capacidades<sup>48</sup> y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas “estándar”, discriminando a aquéllos que no poseen plenamente tales capacidades o que las realizan de otro modo. Frente a esta visión, el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas<sup>49</sup>.
- 3) La idea de “normalidad” que maneja el modelo médico no es más que un mito. En efecto, la mayoría de las personas consideradas “normales” –y etiquetadas, por tanto, como “capaces”– adoptan sus elecciones de forma interdependiente; condicionadas por el contexto social, económico etc.; buscando el apoyo y consejo de los demás (expertos, amigos); no siempre toman sus decisiones de manera “racional”; ni escogen aquéllas opciones más adecuadas para su “mejor interés”<sup>50</sup>.
- 4) La idea capacidad es un concepto “gradual” y “relativo”<sup>51</sup> y no un concepto “binario”<sup>52</sup>. La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones.
- 5) La diferencia en las capacidades y las dificultades para su desarrollo pueden tener su origen no tanto en los rasgos de la persona, como en “la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico, sino también intelectual”<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 : “La construcción de la capacidad jurídica está basada sobre estándares normativos respecto de habilidades cognoscitivas. Esa prioridad que se otorga a las habilidades cognoscitivas es cuestionable dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognoscitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces? El Derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando etiquetas de incapacidades.” Igualmente, T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., sostiene que la capacidad jurídica, al construirse como dependiente de determinadas capacidades cognitivas, perceptivas, físicas, de comunicación y relacionales discrimina por motivos de discapacidad.

<sup>49</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, antes citado.

<sup>50</sup> “Key elements of a system for supported decision making”, *Inclusion Europe*, cit.

<sup>51</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit.

<sup>52</sup> G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit.

<sup>53</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad”, cit.



En definitiva, el modelo social “desgarra el velo de la normalidad”<sup>54</sup> que justifica la exclusión de las personas con discapacidad del ámbito de la capacidad jurídica. Desde sus premisas, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos, pero, además, han de poder ejercerlos en condiciones de igualdad. Ello implica que las personas con discapacidad deben tener reconocida plena capacidad jurídica (en sus dos dimensiones, o, en los términos de la legislación española, capacidad jurídica y de obrar) en igualdad de condiciones.

En consonancia con los presupuestos definitorios de este modelo, no son las personas las que tienen cambiar para poder merecer el “atributo” de la capacidad jurídica, de manera que puedan ser privadas de ella y sustituidas por un tercero en la toma de sus decisiones cuando no consiguen superar sus “deficiencias”, sino que es esta construcción social la que debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad<sup>55</sup>. Y lo mismo cabe decir en general en relación con el ejercicio de todos derechos: son los derechos los que tienen que adaptarse a la situación de la persona y no la persona la que ha de amoldarse a los derechos. Esta es una de las ideas fuerza que guía la CIDPD y que se deja sentir también en el art. 12<sup>56</sup>. Dicha adaptación debe materializarse a través de las herramientas propias del modelo social: la accesibilidad universal<sup>57</sup> y los ajustes –apoyos individualizados– razona-

---

<sup>54</sup> L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional” en Ch. COURTIS, *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 267.

<sup>55</sup> T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., insiste en que el modelo social se aplica también al ámbito de la capacidad jurídica y que ello implica entender que no se trata de un problema que esté en el interior de la persona, sino de un problema de la sociedad que debe relacionarse de otra manera con las personas que “funcionan” de un modo diferente.

<sup>56</sup> A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit., p. 56.

<sup>57</sup> La CIDPD en su artículo 9 establece que, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos.

bles<sup>58</sup>; herramientas que son aplicables también al campo de la capacidad jurídica<sup>59</sup>.

El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones y donde las dificultades persisten no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios<sup>60</sup> – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para poder ejercer ese derecho con las debidas garantías.

La accesibilidad de los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos<sup>61</sup>. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello implica que un tercero interviene en la esfera de toma de decisiones de la persona. Ahora bien, esta intervención tiene un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo médico, en tanto no supone una vulneración ni una sustitución de la autonomía, sino una promoción y un apoyo de la autonomía<sup>62</sup>. La intervención del tercero no se realiza, ni directa ni indirectamente, en función de los rasgos de la persona, atendiendo, no tanto a la evaluación de sus capacidades<sup>63</sup>, como a la situación en la que se encuentra<sup>64</sup>. Y su actuación

---

<sup>58</sup> Los ajustes razonables son, según la definición del art. 2 de la CIDPD, “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

<sup>59</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit.

<sup>60</sup> “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD” adoptados por la International Disability Alliance (IDA), <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

<sup>61</sup> T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit. y “Advocacy note on Legal capacity” (by World Network of Users and Survivors of Psychiatry), Discusión general sobre el art. 12, 21 de octubre de 2009 (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>).

<sup>62</sup> A. PALACIOS, *El modelo social*, cit., p. 286. T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., destaca como la autonomía es compatible con la toma de decisiones interdependientes y que, de hecho, este es el modo “normal” de toma de decisiones.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit. En este sentido, no sólo las personas con ciertas discapacidades pueden requerir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, sino todas las personas con discapacidad y no sólo las personas con discapacidad, “Key elements of a system for supported decision making”, Inclusion Europe, ya citado.



no consiste en decidir por la persona sustituyendo, sino en ayudar a decidir, en acompañar en la decisión, en decidir con la persona y para la persona.

De este modo, los mecanismos de apoyo pueden y deben proyectarse, cuando así lo requiera la situación de la persona y, obviamente, con las debidas garantías, en todas las esferas en las que ésta actúa. El modelo de apoyo vendría, así, a solucionar el dilema ante el que nos situaba el modelo de sustitución, que se presenta como especialmente dramático cuando incide en cuestiones ligadas al ejercicio de derechos fundamentales. En efecto, mientras que permitir la sustitución en este ámbito supone una injerencia indebida en la autonomía de la persona, prohibir toda actuación de un tercero impide el desarrollo de dicha autonomía, pudiendo implicar, en algunas situaciones, la privación injustificada del ejercicio de los derechos, en otras palabras, una discriminación. Frente a esta disyuntiva, la articulación de medidas de apoyo potencia las oportunidades de ejercicio de los derechos sin que ello suponga una invasión arbitraria de la autonomía. Se trata, en este sentido, de poner a disposición los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones los medios o instrumentos necesarios –en este caso la asistencia de un tercero– para poder desarrollar libremente su poder de elección autónoma<sup>65</sup>.

#### 4. EL SIGNIFICADO DEL ART. 12 EN CONTEXTO: ALGUNOS ELEMENTOS CLAVE

En este apartado pretendo analizar el sentido y las principales implicaciones del art. 12 de la CIDPD que, como se indicó, recoge las disposiciones más importantes de este Tratado Internacional relativas a la capacidad jurídica.

A la hora de interpretar estas disposiciones adquieren una importancia central el modelo social de discapacidad que inspira la CIDPD, el contenido de su Preámbulo<sup>66</sup> y el de otras disposiciones de su articulado, especialmen-

<sup>65</sup> Como han señalado R. de ASÍS ROIG y M.C. BARRANCO AVILÉS, “El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en M.C. BARRANCO AVILÉS, (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, en prensa, la autonomía estaría integrada por dos grandes bloques de exigencias o contenidos: un contenido de no intervención o invasión y un contenido de promoción.

<sup>66</sup> Que, por ejemplo, reconoce en su inciso m) “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su independencia y autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

te, el art. 1, que establece el propósito de este instrumento<sup>67</sup>; el art. 2, que contiene la definición abierta e inclusiva de personas con discapacidad<sup>68</sup>; el art. 3, que recoge los principios generales que deberán informar el resto del articulado y que pueden sintetizarse en los principios de dignidad e igualdad<sup>69</sup>; o el art. 5.2 que se refiere a la noción de discriminación por motivos de discapacidad<sup>70</sup>, entre otros<sup>71</sup>.

Como ya se indicó, el primer inciso del art. 12 “reafirma” que las personas con discapacidad tienen “derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Se trata, en efecto, de una re-afirmación, dado que se reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto de reforzarla<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Que consiste, como ya se señaló, en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

<sup>68</sup> Este artículo señala “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>69</sup> El art. 3 de la Convención establece: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

<sup>70</sup> Por discriminación por motivos de discapacidad entiende este precepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

<sup>71</sup> A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD” (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008) se refiere también a los artículos 14 (libertad y seguridad), 15 (protección contra tortura), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 17 (integridad personal) y 19 (vida independiente e inclusión en la comunidad).

<sup>72</sup> El art. 12.1 sería, por tanto, una de las disposiciones de la Convención que se limitan a re-reconocer un derecho ya existente. Ahora bien, como apunta F. MEGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, p. 503, estos recordatorios “de lo obvio”, que realiza la CIDPD indican que no siempre ha sido tan obvio y que en muchas ocasiones estos derechos no han sido escrupulosamente respetados.



Por su parte, el segundo inciso “reconoce” que las personas con discapacidad “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Se trata, probablemente, de una de las disposiciones más relevantes de la Convención que obligará a introducir importantes modificaciones en los ordenamientos jurídicos internos. La interpretación de esta exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica suscitó durante la negociación de la CIDPD<sup>73</sup>, y todavía hoy genera, importantes disputas<sup>74</sup>. Desarrollaré en lo que sigue lo que, a mi juicio, constituye la interpretación más adecuada de sus aspectos esenciales.

Pues bien, en primer lugar, cabe precisar que el término capacidad jurídica incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercer tales derechos (esto es, en la terminología empleada en el sistema español, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar)<sup>75</sup>. Esta interpretación puede apoyarse en el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en

---

<sup>73</sup> El art. 12.2 fue una de las disposiciones que generó mayor polémica durante las negociaciones de la CIDPD. Vid. sobre las discusiones acerca del art. 12 A. PALACIOS *El modelo social de discapacidad*, cit, pp. 454-467 y A. DHANDA “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, pp. 438-456. También pueden consultarse los archivos de las negociaciones en <http://www.un.org/disabilities/index.asp>.

<sup>74</sup> De ellas son muestra las reservas y declaraciones interpretativas que, tras aprobación de la CIDPD, diversos países han formulado en relación con el art. 12 que, según algunos expertos, serían nulas al enfrentarse al espíritu de este Tratado Internacional (Vid. “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, [www.internationaldisabilityalliance.org](http://www.internationaldisabilityalliance.org)). Igualmente, resulta revelador del carácter polémico y al mismo tiempo central de este precepto el hecho de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano internacional de seguimiento de la CIDPD, dedicara en octubre de 2009 un día de debate general a discutir acerca del sentido y la aplicación del art. 12 (los materiales generados pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>) y que vaya a volver sobre esta temática en la sesión prevista para octubre 2010. Como resultado de estos debates es de esperar que el Comité apruebe una recomendación o una observación general sobre este precepto.

<sup>75</sup> Una de las discusiones más relevantes en la negociación del art. 12 CIDPD versó, precisamente, sobre el significado y alcance del término capacidad jurídica y estuvo a punto de tener como resultado su aprobación con una nota al pie aclaratoria del significado limitado del término capacidad jurídica en algunos países que finalmente se eliminó. La nota establecía que “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”.

su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”<sup>76</sup>, pero también en los restantes incisos del art. 12<sup>77</sup> y en todos los elementos hermenéuticos señalados al comienzo de este apartado.

En segundo lugar, de su tenor literal, que no establece distinciones, de la previsión de articular apoyos, que se contempla en el art. 12.3 y de la definición no cerrada de discapacidad, que se contiene en el art. 2 se desprende que el art. 12.2 establece el paradigma de “capacidad jurídica universal”, para todas las personas con discapacidad sin exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad<sup>78</sup>.

En tercer lugar, resulta crucial señalar que, a luz del art. 12, la capacidad jurídica no puede ser cuestionada por razón de discapacidad<sup>79</sup>, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el art. 5. Dicho de otro modo, la discapacidad nunca puede constituir por sí misma una justificación para anular o restringir la capacidad jurídica.

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones” excluye el método de atribución de incapacidad por estatus<sup>80</sup>, prohibiendo que la discapacidad pueda ser causa directa (como sucede en aquellos sistemas que automáticamente consideran “incapaces” a personas que poseen ciertas discapacidades) o indirecta (como sucede en sistemas que hacen referencia a enfermedades o deficiencias que impiden el autogobierno) de una denegación o limitación del ejercicio de la capacidad jurídica<sup>81</sup>. A mi

<sup>76</sup> El informe analizó el concepto de capacidad jurídica desde la perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Comparado concluyendo que engloba, tanto en el plano internacional como en gran parte de los sistemas nacionales, la capacidad de ser titular de derechos y de ejercer tales derechos. Como antes se indicó, este informe puede consultarse en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>.

<sup>77</sup> “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, ya citado.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Entre otros, A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citado, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA)”, cit. y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica...”, cit., p. 380.

<sup>80</sup> Vid. A. DHANDA, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar from the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, p.431 y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica...”, cit., pp. 362 y 363.

<sup>81</sup> Vid. entre otros, “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit. y A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citados.

modo de ver, esta exigencia, interpretada de acuerdo con los postulados del modelo social, descartaría también una aplicación estricta del llamado método funcional y del denominado método consecuencialista. El primero, que atiende a las funciones específicas que no puede desempeñar una persona con discapacidad y que estaría detrás de la incapacitación parcial, quedaría excluido en la medida en que supone, de nuevo, una evaluación de las capacidades y la consideración de la discapacidad como una condición limitante. El segundo, que tendría en cuenta las consecuencias de las decisiones adoptadas por las personas afectadas por determinadas deficiencias y entraría en juego cuando las mismas se consideran perjudiciales para sus propios intereses o socialmente inaceptables, debe también rechazarse en tanto no permite a las personas con discapacidad cometer sus propios errores en igualdad de condiciones con las demás<sup>82</sup>. Frente a los problemas que en mayor o medida plantean estos métodos –que siguen partiendo, en todo caso, del modelo de sustitución– la CIDPD exigiría analizar la situación en la que halla la persona y las dificultades no sólo individuales, sino también sociales, ambientales, etc. con las que se encuentra a la hora de tomar sus diferentes decisiones. Y todo ello con el objeto no de sustituirla, sino de diseñar los apoyos que precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Vinculado con todo lo señalado anteriormente, la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad reconocida por el art. 12.2 obliga a acabar con instituciones como la interdicción o la incapacitación, en tanto se trata de procedimientos que implican una pérdida total o parcial de la capacidad jurídica<sup>83</sup>. Y conlleva como lógico corolario la obligación de los Estados de establecer “todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” a la que se refiere el art. 12.3.

De la lectura conjunta de ambos apartados se desprende que la CIDPD supone el paso del modelo de sustitución en la toma de decisiones, propio del modelo médico, al modelo de apoyo en la toma de decisiones, característico del modelo social.

A mi juicio, se trata de un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capaci-

<sup>82</sup> G. QUINN en “An ideas on Legal Capacity”, cit., realiza una certera crítica de este método.

<sup>83</sup> Vid. A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.



dad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas<sup>84</sup>. Ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”. En todo caso, la acción de sustitución entraría en juego en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada, como antes se señaló, para ella y no por ella<sup>85</sup>.

Finalmente, el art. 12.2 obliga a reformar todas las leyes que “descalifican” a las personas con discapacidad para disfrutar de derechos o desempeñar actividades y responsabilidades<sup>86</sup> –por ejemplo, votar, ocupar cargos públicos, ejercer como jurado, contraer matrimonio, criar a sus hijos– que implican también el ejercicio de la capacidad jurídica.

El modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, en cuyo concreto diseño deben participar de manera relevante las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida por el art. 4.3 de la CIDPD<sup>87</sup>, debería tener, entre otras, las siguientes características<sup>88</sup>:

---

<sup>84</sup> Como señaló durante el proceso de elaboración de la Convención A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 la incorporación del modelo de sustitución en la Convención con el argumento de que resulta necesaria para un reducido número de personas, conduciría a cuestionar la capacidad de todas las personas con discapacidad.

<sup>85</sup> A estas ideas aludió A. PALACIOS, en el Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010 y cuyos materiales pueden consultarse en: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/BC/06htm.htm> y <http://www.tiempodelosderechos.es/>.

<sup>86</sup> “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance”, (IDA), cit.

<sup>87</sup> Señala este precepto que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

- 1) Gradual: su implantación deberá ser paulatina, por lo que durante un periodo de tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución<sup>89</sup>.
- 2) Complejo: la articulación de este sistema no consiste simplemente en “reemplazar el nombre de tutela o curatela” por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales”<sup>90</sup>, sino que exige crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal<sup>91</sup>; adaptar o reemplazar otras instituciones legales (poderes preventivos, instrucciones previas etc.); establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo<sup>92</sup>, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc.
- 3) Diverso: el sistema de asistencia en la toma de decisiones debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado<sup>93</sup>.
- 4) Respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de las personas: que deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de la figura de apoyo.
- 5) Abierto: el sistema de apoyo debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad<sup>94</sup>.
- 6) Amplio: los mecanismos de asistencia deben proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarios.

---

<sup>88</sup> Algunos de estos principios son enunciados en A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit. y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica”, cit., pp. 383 y ss.

<sup>89</sup> “Key elements of a system for supported decision making”, cit.

<sup>90</sup> A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

<sup>91</sup> “Key elements of a system for supported decision making”, cit.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit. Vid. también “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, (IDA), cit.

<sup>94</sup> Idem.



- 7) Presidido por los derechos: el sistema de apoyo debe orientarse a favorecer y potenciar al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas apoyadas y ser plenamente respetuoso con los mismos<sup>95</sup>. En efecto, los mecanismos de apoyo –en contra de lo defendido desde algunos planteamientos– deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. La exigencia de no afectación a ámbitos iusfundamentales podría tener sentido, con los problemas ya señalados, respecto del modelo de sustitución –que, como antes se indicó, supone una restricción de la autonomía– pero carece de toda lógica desde los presupuestos del modelo de apoyo que trata, precisamente, de promover dicha autonomía.

Por lo que respecta a las “salvaguardas” contempladas en el art. 12.4, algunos planteamientos las conciben como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución<sup>96</sup>. Sin embargo, a mi modo de ver, estas salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyo, la Convención identifica “una serie de ámbitos donde apuntar”<sup>97</sup>: que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible<sup>98</sup>; que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial com-

<sup>95</sup> Frente a esta posición, algunos autores defienden que los mecanismos de apoyo no deben proyectarse en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. Sin embargo, esta observación que podría resultar válida – con los problemas ya señalados – respecto del modelo de sustitución que, como antes se indicó, supone una restricción de la autonomía no tiene sentido en relación con el modelo de apoyo que trata, precisamente, de promover dicha autonomía.

<sup>96</sup> Tal y como se manejó en algunas versiones de esta disposición.

<sup>97</sup> A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

<sup>98</sup> Como señala PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 467 esta previsión resulta contradictoria ya que “la restricción en el tiempo resultaría apropiada para el modelo de sustitución de la voluntad”, pero si “de lo que se trata es de salvaguardas dentro de un sistema de asistencia en la toma de decisiones, dichas medidas deberían estar previstas para extenderse en el tiempo de la misma forma que se extienden otras medidas de asistencia, esto es, mientras hagan falta”. En efecto, como antes se apuntó, los mecanismos de apoyo deben configurarse del modo más amplio posible y mantenerse, por tanto, mientras sean necesarios.

petente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Por último, como antes se señaló, el art. 12.5 alude a la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos patrimoniales –propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y otras modalidades de crédito financiero– de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente.

## 5. ¿DÓNDE ESTAMOS, HACIA DONDE VAMOS Y HACIA DÓNDE DEBERÍAMOS IR?: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL IMPACTO DEL ART. 12 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como es sabido, en el sistema jurídico español se han acometido en los últimos años algunas reformas de importante calado que suponen la asunción del enfoque de los derechos humanos y del modelo social en el tratamiento de la discapacidad<sup>99</sup>. Sin embargo, al igual que en otras legislaciones nacionales, estas reformas han dejado al margen la cuestión de la capacidad jurídica que aparece regulada desde un enfoque principalmente iusprivatista y que es tratada, básicamente, como una cuestión de intervención en el tráfico jurídico, de acuerdo con el fin de proteger la seguridad del mismo.

La regulación nacional vigente en materia de capacidad jurídica responde a los principios del modelo médico y acoge el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Resumiré en lo que sigue sus aspectos principales.

El sistema español, a través de la institución de la incapacitación, permite la limitación e incluso la anulación de la capacidad jurídica –de obrar, según la terminología empleada en nuestra legislación– de las personas con discapacidad. El art. 200 del Código civil establece “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Del tenor de este precepto se desprende que el “incapaz” lo es por los “rasgos que lo identifi-

<sup>99</sup> Vid. A. PALACIOS, “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española” en L. CAYO PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la discapacidad*, cit., pp. 143-180. En esta reforma destaca la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

can” y no por la situación en la que se encuentra<sup>100</sup>. Y esos “rasgos” consagran un método de atribución indirecta de incapacidad por razón de discapacidad contrario al art. 12.2 y al art. 5 de la CIDPD. Ciertamente, aunque suele señalarse que este precepto no considera la discapacidad, por sí misma, como causa de incapacitación<sup>101</sup>, tiene la intención o el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad<sup>102</sup>.

La discapacidad puede, por tanto, traer como consecuencia la incapacitación que se dilucida en un proceso judicial de carácter contencioso y supone la entrada en juego de los mecanismos de guarda y protección. En teoría el sistema de incapacitación establecido en la normativa española es un sistema flexible que deja en manos del 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 asistencia<sup>103</sup>. Sin embargo, su aplicación práctica se ha mostrado mucho más rígida y ha llevado a establecer dos grados de incapacitación: 1) total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de “capacidad de obrar” tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal 2) parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador debe asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial.

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, la legislación española en materia de capacidad jurídica se preocupa sobre todo de la protección de la esfera económica o patrimonial de las personas “incapacitadas”, generando una cierta desprotección en otros ámbitos. Además, nuestro sistema permite

---

<sup>100</sup> R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad”, cit. Incluso algunos autores que, en términos generales, entienden que la legislación española es conforme a la CIDPD y que no atribuye incapacidad por razón de discapacidad, admiten que los términos “incapacitados” e “incapacitación” “más parecen hacer referencia a una cuestión intrínseca al afectado... que a una cuestión social” C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español...”, cit., p. 365.

<sup>101</sup> En este sentido, suele insistirse en que el presupuesto fundamental para que opere una “incapacitación” lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia”.

<sup>102</sup> A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

<sup>103</sup> El art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación establecerá la extensión y límites de ésta.



la sustitución en relación con algunos derechos considerados personalísimos<sup>104</sup>. Y, aunque el Derecho español contempla la posibilidad de que los “incapaces”, sea cual sea el sistema de “guarda” establecido, puedan realizar determinados actos siempre que tengan “capacidad natural” suficiente – que, en consonancia con el enfoque médico que inspira nuestra legislación en este ámbito, corresponde determinar a un facultativo –no establece mecanismos orientados a potenciar dicha posibilidad<sup>105</sup>.

Especialmente criticable resulta el nulo protagonismo que nuestra normativa otorga a la persona “incapacitada”. En efecto, el “presunto incapaz” es un mero objeto del proceso de incapacitación al que el juez no tiene la obligación de escuchar<sup>106</sup>. Y tampoco existe ninguna disposición que establezca la obligación de oír al “incapaz”, ni de actuar conforme a su voluntad, deseos y preferencias o, al menos, de tenerlos en cuenta, en el funcionamiento de su régimen de guarda, ni siquiera en aquellos supuestos en los que se han de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> En efecto, en el Derecho español las personas con discapacidad pueden ser esterilizadas, internadas, tratadas y sometidas a intervenciones médicas, sin su consentimiento. Vid. sobre algunas de estas cuestiones M.A. RAMIRO AVILÉS, “Discapacidad, salud, sanidad e investigación” en P. CUENCA GÓMEZ, (coord.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, ya citado.

<sup>105</sup> Así sucede, por ejemplo, en relación con el derecho a contraer matrimonio.

<sup>106</sup> El artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma: “En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

<sup>107</sup> Se trata de uno de los aspectos que, también aquellos autores que, con carácter general, consideran la normativa española sobre capacidad jurídica conforme a la Convención afirman esencial modificar, Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español...”, cit., pp. 365 y ss. La única excepción la constituye la regulación de la autotutela. En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 223 del Código civil de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, “Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor”.

Finalmente, la legislación española – si bien contempla la posibilidad de que “sobrevenidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”<sup>108</sup> – no prevé la revisión periódica, ni de oficio de las medidas adoptadas inicialmente.

De todo lo dicho se desprende la necesidad de reformar sustancialmente la legislación civil española sobre capacidad jurídica en aras de su adaptación al mandato de igualdad en la capacidad jurídica sentado por el art. 12 de la CIDPD. Reforma que, además, tendría un efecto irradiación en otras muchas leyes de nuestro Ordenamiento<sup>109</sup>. Sin embargo, no parece ser este el escenario hacia el que vamos.

En la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo<sup>110</sup> se señala que “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

Lo primero que cabe subrayar es que la denominación escogida, “procedimiento de modificación de la capacidad obrar”, no resulta plenamente coherente con el espíritu de la CIDPD, pues significará que determinadas personas (con discapacidad, como enseguida se verá) tendrán no limitada, pero sí modificada su capacidad de obrar. En este sentido, debería haberse elegido otra denominación como, por ejemplo, “procedimiento de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”. En todo caso, y aunque este proyecto de Ley no se ha remitido, los informes citados al comienzo de este trabajo de-

---

<sup>108</sup> Vid. art. 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>109</sup> Y, en concreto, en leyes que, en los términos antes señalados, “descalifican” a las personas con discapacidad para gozar de derechos, ejercer cargos, desempeñar actividades o responsabilidades.

<sup>110</sup> Ley 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 protegidos, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.



notan que el Gobierno español no tiene la intención de introducir un auténtico sistema de apoyo en la toma de decisiones.

Así, en el “Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se afirma: 1) que, puesto que en sistema jurídico español las personas con discapacidad tienen reconocida personalidad jurídica e igual capacidad jurídica que las demás personas, debe concluirse “la plena compatibilidad del ordenamiento jurídico con las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención”, sin tener en cuenta que el art. 12.2 incluye también la capacidad de obrar 2) que “la incapacitación es un instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar”, pero que esta restricción no contraviene la CIDPD, en la medida en que lo determinante para que concurra la causal de incapacitación no es la patología, sino que la misma “impida a la persona gobernarse por sí misma” 3) que la exigencia de proporcionar apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establecida por el art. 12.3, “quedaría cubierta por las instituciones de guarda y protección de la persona y bienes, o solamente de la persona o de los bienes del incapacitado”, esto es, básicamente, a través de los mecanismos de la tutela y de la curatela 4) que debe reformarse la legislación civil para ajustarse mejor a las salvaguardas previstas en el art. 12.5, si bien se considera que tales previsiones ya “subyacen en nuestra legislación”.

Por su parte, el “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, algo menos optimista, apunta la necesidad de realizar algunas modificaciones que son, a mi juicio, claramente insuficientes.

Este informe, a diferencia del anterior, afirma claramente que el artículo 12 de la CIDPD “engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar”, exigiendo “a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Y considera que la “efectividad” de este reconocimiento requiere proporcionar “a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica”, lo que “hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones”. Sin embargo, las medi-



das que se proponen a continuación no resultan del todo coherentes con estas declaraciones y revelan que el Gobierno español no termina de asumir todas las implicaciones que se derivan del tratamiento de la capacidad jurídica desde un enfoque de derechos de derechos humanos y conforme a la filosofía del modelo social, como impone la CIDPD.

En primer lugar –en tanto contribuye a aclarar algunas de las observaciones que se realizarán a continuación– importa destacar que el contenido de este informe pone de manifiesto que el llamado proceso de “modificación de la capacidad de obrar” –que se pretende reemplace al procedimiento de incapacitación– continuará concibiéndose como dirigido a limitar la capacidad de obrar de las personas y no tanto a potenciarla o a apoyar su ejercicio<sup>111</sup>. Así, parece que se está apuntando a un cambio más terminológico que de fondo en su regulación, sin perjuicio de que se mejoren algunos aspectos puntuales.

Relacionado con lo anterior, el informe no alude a la necesidad de reformar las causas que justifican la “modificación de la capacidad de obrar”. De su tenor parece derivarse que las mismas seguirán girando en torno a los rasgos de la persona. En este sentido, se señala que la discapacidad “por sí misma” sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar si impide a la persona autogobernarse, lo que hace pensar que el sistema español continuará consagrando un método de atribución indirecta de “modificación” –y, por tanto, según la concepción restrictiva antes apuntada de “limitación”– de la capacidad de obrar por razón de discapacidad. Y, aunque se señala que la “inaptitud para el autogobierno es circunstancial” –apreciación que parecería dar cabida a la toma en consideración de la situación de la persona– las circunstancias que se tienen en cuenta son, de nuevo, básicamente de carácter personal<sup>112</sup>.

En este orden de cosas, se considera que la modificación –limitación– de la capacidad de obrar de la “persona con discapacidad” puede llegar a con-

---

<sup>111</sup> Así, se afirma en el informe que “En la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar deberán subrayarse las siguientes premisas consolidadas por la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, conforme al principio recogido en el artículo 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva”.

<sup>112</sup> En este sentido, se considera que habrá que ponderar “lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma”.



sistir “en algunas circunstancias excepcionales” en “anular” el ejercicio de su capacidad de obrar y otorgarla a un tercero que actúa como representante. De este modo, se admite de manera no problemática la legitimidad de la sustitución absoluta en la toma de decisiones<sup>113</sup>.

De nuevo en consonancia con la concepción de las medidas de modificación de la capacidad de obrar como mecanismos de limitación y no tanto de promoción de la libre determinación, se afirma que las mismas no deben afectar “al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuenta con una capacidad natural para su normal ejercicio”. Como se ha venido señalando, el tratamiento de esta cuestión desde una adecuada comprensión de los presupuestos en los que se inspira el modelo de asistencia en la toma de decisiones implicaría sostener que las medidas de apoyo deben afectar a los derechos personalísimos, en el sentido de que deben orientarse a paliar las dificultades que, en determinadas situaciones, las personas pueden encontrar para el ejercicio de su “capacidad natural”.

En la misma línea, considera el informe que las medidas adoptadas deben suponer “la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas”. De nuevo, este principio de intervención mínima sólo tiene sentido en el contexto de un sistema que limita la capacidad jurídica<sup>114</sup>. Como ya se dijo, en un sistema que trata de promover la capacidad, las medidas de apoyo deben intervenir en el ámbito de los derechos todo lo que sea necesario para maximizar sus posibilidades de ejercicio, fomentar la autonomía y propiciar que las personas puedan, con dicha asistencia, valerse por sí mismas.

De lo señalado en el informe objeto de análisis, se deduce también la pretensión de mantener las figuras actuales del tutor y del curador. En este

---

<sup>113</sup> Conviene insistir en la idea de que el reemplazo total del modelo de sustitución por el modelo de apoyo no supone desconocer la existencia de “situaciones” en las que un tercero tendrá que sustituir a la persona con discapacidad. Pero se trata de situaciones que deberían contemplarse como casos de asistencia “intensa” y tratarse de acuerdo con los principios propios del modelo de apoyo.

<sup>114</sup> Observación de Agustina Palacios durante las discusiones que algunos miembros del equipo de investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” hemos venido manteniendo en torno a la adecuada articulación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones.



punto, se afirma que su regulación debe efectuarse “en el marco global de apoyo” previsto en la Convención y se considera conveniente introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para resaltar “en todas las figuras de protección y guarda” su dimensión potenciadora de las capacidades (dimensión que, como se ha venido subrayando, no ha sido tenida en cuenta en el tratamiento de otras cuestiones). A mi modo de ver, adaptar estas instituciones a los principios del modelo de apoyo –lo que resulta especialmente problemático en el caso de la tutela– no basta. La implantación de un sistema de apoyo exige la creación de un amplio catálogo de figuras y de mecanismos diversos y flexibles que realmente puedan ajustarse a la situación y necesidades de las personas.

El informe contiene, además, otras reflexiones que no están en sintonía con la filosofía del modelo de apoyo. Así, por ejemplo, se afirma que debe “graduarse” la capacidad (cuando la capacidad debería ser siempre plena y graduarse los apoyos para su ejercicio); que han de detallarse las áreas en las que la persona que tiene modificada su capacidad de obrar “no puede adoptar decisiones” (en vez de señalarse las áreas en las que la persona necesita apoyo para tomar sus decisiones); o que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia (cuando el objeto de la sentencia no es restringir, sino promover).

Entre los aspectos que cabe valorar positivamente destacan la alusión a la necesidad de adaptar las medidas a las circunstancias de la persona<sup>115</sup>, de explicitar la obligación de respetar sus derechos, deseos y opiniones, de exigir mayor precisión en las sentencias y de introducir vías para su control periódico y de oficio.

En definitiva, el contenido del informe revela que la reforma de la capacidad jurídica pretende limitarse a la realización de meros ajustes terminológicos y retoques de detalle del sistema vigente para hacerlo más soportable. Sin embargo, la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica contenida en el art. 12 de la CIDPD va mucho más allá<sup>116</sup>, reclamando, entre otras cosas, la eliminación del procedimiento de incapacitación (y no solamente su maquiillaje), el desmantelamiento del modelo de sustitución (de sus principios y de sus instituciones) y el establecimiento de un sistema de apoyo, conforme a

---

<sup>115</sup> Aunque, de nuevo, se habla de circunstancias “individuales”.

<sup>116</sup> Insiste en ello M. BACH, “Supported Decision Making. Lessons from Canada”, <http://www.inclusion-europe.org/documents/EiA07-Bach.pdf>.



los principios señalados en el anterior apartado del presente trabajo, que permita a las personas con discapacidad *tomar sus propias decisiones*.

No sólo el Gobierno, sino que también el poder judicial español parece empeñado en no avanzar de manera decidida por esta senda. Y, en este punto, conviene tener muy presente la importancia que revisten jueces y tribunales a la hora de potenciar y acelerar la adaptación de nuestro sistema a la CIDPD. En efecto, la CIDPD es, en virtud de lo establecido en el art. 96 de la Constitución Española, parte del orden jurídico interno<sup>117</sup> y sus disposiciones deben aplicarse con carácter preferente a las normas nacionales que se enfrenten con su contenido<sup>118</sup>. Pero, además, según lo establecido en su art. 10.2, las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y el conjunto del Ordenamiento jurídico español, deben ser interpretadas conforme a la CIDPD<sup>119</sup>.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 se pronunció acerca de la conformidad del sistema de incapacitación con la Constitución y con la CIDPD<sup>120</sup>. A mi juicio, la argumentación desarrollada en esta resolución aborda la cuestión desde un enfoque médico y no desde el modelo social que inspira la Convención.

En esta resolución se establecen “las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Có-

---

<sup>117</sup> “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

<sup>118</sup> Ciertamente, suele señalarse que, en caso de conflicto el art. 96 obliga a desaplicar la norma interna y aplicar la norma internacional, Vid. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>119</sup> Establece el art. 10.2 que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Vid. sobre esta cuestión P. CUENCA GÓMEZ “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales” en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto...*, ya citado.

<sup>120</sup> Sobre esta sentencia C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril 2010, pp. 341 y 342.

*digo civil, a partir de la reforma de 1983*". La primera de ellas exige considerar "que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos y que la incapacitación es sólo una forma de protección". En esta línea, insiste el Tribunal en que la incapacitación no afecta a la capacidad jurídica y en que "no cambia nada la titularidad de los derechos". No obstante, admite de forma no problemática que dicha institución permite "privar a una persona de capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección", determinando "la forma de ejercicio de los derechos". La segunda de dichas reglas supone entender que "la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse". En este sentido, el Tribunal considera que la incapacitación no implica una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución Española y por la Convención, en tanto al "enfermo psíquico" al que se refiere el caso se le proporciona un "sistema de protección y no de exclusión", justificado en "su falta de entendimiento y voluntad". Ahora bien, tal sistema de protección, además de basarse exclusivamente en las "características personales" de los individuos, puede suponer, como de nuevo se asume en la sentencia, una exclusión del ámbito de ejercicio de los derechos<sup>121</sup>. Y ello, otra vez, porque se trata de un sistema que, como se pone de relieve en la sentencia, pretende proteger restringiendo o limitando y no promoviendo y apoyando. Pues bien, según el Tribunal Supremo su interpretación de conformidad con las reglas expuestas "hace adecuada la regulación actual con la Convención", por lo que el sistema de incapacitación "establecido en el Código civil" sigue vigente.

Una oportunidad perdida. Esta sentencia debería haber declarado contrario a la CIDPD el procedimiento de incapacitación por aplicación directa del art. 12.2, en tanto, a mi juicio, se trata de una disposición *self executing*. Por el contrario, la obligación de establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones, recogida en el art. 12.3, no es, en términos generales, directa-

---

<sup>121</sup> Cabe destacar que la sentencia se decanta por la aplicación analógica del art. 162 del Código civil en el que se exceptúa la representación de los padres en los actos de sus hijos menores relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, a los "incapacitados". De nuevo este planteamiento se encuentra, en todo caso, con el problema de la falta de previsión de mecanismos de apoyo.



mente ejecutiva, al requerir la actuación normativa de los poderes públicos estatales. En este punto, el Tribunal Supremo podría haber tomado dos caminos en cumplimiento del deber constitucional, impuesto por el art. 10.2, de interpretar el sistema vigente en el sentido más favorable a la CIDPD<sup>122</sup>. El primero –en la línea de lo señalado por el Fiscal– configurar provisionalmente la curatela, que supone la asistencia y no la sustitución en la toma de decisiones, entendida a la luz de los principios del modelo de apoyo, como el mecanismo al que el juez debe acudir a la hora de articular medidas para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. El segundo establecer individualmente para el caso concreto el sistema de apoyo requerido por la persona afectada<sup>123</sup>. Esperemos contar en el futuro con operadores jurídicos plenamente conscientes y comprometidos con el cambio de enfoque que implica la CIDPD, más imaginativos y más valientes. Esta es una de las claves, aunque no la única, para hacer realidad la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

*Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*c/Madrid, 126*

*Getafe 28903 Madrid*

*e-mail: patricia.cuenca@uc3m.es*

---

<sup>122</sup> Como apunta A. SÁIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 268 uno de los efectos amplificadores que despliega el art. 10.2 en relación con la incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico español consiste en su capacidad para desdibujar la distinción entre Tratados o disposiciones *self executing* y *non self executing*.

<sup>123</sup> Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009 en la que se señala que “los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar la normativa interna llevando a cabo los ajustes razonables que sean necesarios, o convenientes, en cada caso, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico, sin que sea imprescindible, para la efectiva aplicación de la Convención, que el legislador regule específicamente en cada área los ajustes necesarios para evitar la discriminación por razones de discapacidad”. Este es el camino que han seguido algunos jueces en Argentina.

