

Capítulo 1

Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico

1.1. Introducción

Pocas cuestiones han experimentado una evolución tan rápida en el tiempo y a la vez tan trascendental como las que hacen referencia al mundo de la discapacidad, a todo lo que la rodea y, en especial, a las personas afectadas por ella. El cambio de mentalidad que se ha producido hacia las personas con discapacidad, en relativamente poco tiempo, ha sido de tal naturaleza que bien podría decirse que ha influido de forma decisiva en la consideración social y al fin en la actitud de la sociedad misma hacia dichas personas. Aunque más que hablar como algo del pasado habría que decir que ese cambio de mentalidad hacia las personas discapacitadas se está produciendo en la sociedad, es algo que está sucediendo constantemente, pues, a pesar de que reviste gran importancia la evolución experimentada hasta ahora, es lo cierto que aún queda mucho por hacer.

La cuestión reviste especial trascendencia por sí misma, en consideración a las personas que padecen algún tipo de anomalía o deficiencia física o psíquica, que hasta tiempos recientes han sufrido una especie de postergación y apartamiento social que hoy día nos resulta sorprendente pero que todavía hay que superar en no pocas ocasiones. La lucha contra la mentalidad hasta hace poco imperante continúa, porque no es fácil vencer

obstáculos y superar prejuicios, a veces muy arraigados, demasiado arraigados en la sociedad.

1.2. La evolución reciente y su paralelo reflejo legislativo

Destaca la doctrina¹ el cambio social a que acabo de hacer referencia en cuanto a la percepción e inteligencia de la discapacidad, en el sentido de asistir a una profunda transformación del modelo en que se percibe y trata a las personas con discapacidad en la sociedad moderna. El fenómeno es general, o mejor dicho, universal, pues afecta a todas las sociedades y a todos los países, aunque ciertamente no en la misma medida. Se ha producido un cambio radical en la manera de entender la discapacidad, de modo que ésta se enfoca desde otros ángulos de visión y desde otros modelos muy distintos a los imperantes hasta hace poco; cambio que hay que recibir con esperanza pero que ciertamente se encuentra todavía en fase de asentamiento y consolidación, pues, como antes decíamos, falta mucho camino por recorrer en este sentido; no obstante, es importante señalar que se haya iniciado con éxito.

De la consideración de los discapacitados como unas personas enfermas, a las que se les tenía apartadas de la vida social, incluso ocultas en muchas ocasiones, que debían someterse a tratamiento médico para superar su deficiencia y adaptarse a la forma de vida existente en la sociedad, se ha pasado a una consideración de las personas con discapacidad que tiene presente ante todo su dimensión humana y personal, que parte de una situación de desventaja social que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés, y que está basada en la dimensión universal de los derechos fundamentales de la persona. Se ha pasado, en suma, de un modelo médico o rehabilitador a un *modelo social*

¹ Por todos, Vid. AGUSTINA PALACIOS, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables” en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (Ed. Ignacio Campoy Cervera), Madrid, 2004, pp. 188-192.

o integrador, en el que la integración social de las personas con discapacidad, en todos los órdenes, a todos los niveles y en pie de igualdad, es el objetivo esencial².

La consecuencia de este cambio de paradigma ha sido, está siendo, que todo ese mundo oculto, sumergido e invisible a los ojos de la sociedad ha salido a la luz, de repente se ha hecho visible³ y adquirido toda su dimensión humana y social. A ello ha contribuido de forma decisiva el movimiento asociativo en el ámbito de la discapacidad, en particular las asociaciones de discapacitados físicos y de familiares y discapacitados psíquicos o intelectuales.

En el ámbito legislativo se observa una evolución paralela. Sin necesidad de remontarnos más allá del último cuarto del siglo pasado, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; y más específicamente en el art. 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

² Hay práctica unanimidad en la doctrina sobre esta evolución, que con más detalle puede verse, por ejemplo, en ANTONIO JIMÉNEZ LARA, “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes” en *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Navarra, 2007, en especial pp. 177, 178 y 186 a 189; también en AGUSTINA PALACIOS Y FRANCISCO BARIFFI: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2007, pp. 15 a 24 (hay versión en internet de esta obra en la siguiente dirección: <http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Colección+Telefonica+Accesible/>).

³ Es el fenómeno de la *visibilidad* que destaca CARLOS MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, 2005, pp. 2-3.

Con independencia de la terminología utilizada, tema en el que entraremos más tarde, el mismo texto constitucional recoge la evolución antes señalada en cuanto a la manera de entender el fenómeno de la discapacidad: del tratamiento y la rehabilitación se pasa a la integración como objetivo a conseguir. Y desde luego “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE).

En efecto, y como antes decíamos, la palabra clave es *integración*, la integración del discapacitado, pero integración en todos sus sentidos, social, cultural, laboral, etc⁴, en pie de igualdad y sin discriminación alguna. Así lo entendió en su día la Ley 13/1982, de 13 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, cuyo artículo 1º afirma que los principios que inspiran la Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias. También aquí la terminología utilizada por esta Ley deja mucho que desear, pero la cuestión terminológica, más importante de lo que parece, será resuelta en leyes posteriores.

En el año 2003, declarado Año Europeo para las Personas con Discapacidad, se publican una serie de leyes en apoyo de las personas discapacitadas: primero fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad; después, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y por último la Ley 53/2003, de

⁴ Lo destaca la doctrina, entre otros, CARLOS GANZENMÜLLER ROIG Y JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA, *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona, 2005, p. 63.

10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados; además de una serie de disposiciones sobre otras materias que establecían determinadas ventajas para los discapacitados, como la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, etc.

La evolución legislativa continuó en años posteriores, y las leyes sobre los aspectos más diversos de la discapacidad, en especial sobre los derechos de las personas por ella afectadas, han seguido promulgándose de forma constante, como ejemplo de ese paralelismo que antes apuntábamos entre la progresiva evolución que ha experimentado la inteligencia o percepción social del fenómeno de la discapacidad y su correspondiente reflejo legislativo. Bien podría decirse que esto constituye una excepción al proverbial retraso de que muchas veces se acusa al legislador en incorporar al ordenamiento jurídico los cambios o necesidades sociales que van produciéndose en el mundo real.

En esta línea cabe citar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, etc. Con razón la Exposición de Motivos de la última ley citada (la Ley 49/2007) comenzaba diciendo que: “La atención a las personas con discapacidad se refleja hoy en un importante cuerpo legal que permite situarla entre las prioridades estatales de orden social, político y administrativo”.

Pero si antes decía que en el mundo de la discapacidad la palabra clave es la integración, no quería decir que fuera la única, sí quizás la más importante pero no la única, pues no le va a la zaga el otro término que define este colosal fenómeno en torno a la discapacidad al que asistimos: la *autonomía* de la persona con discapacidad. En efecto, la completa integración social de los discapacitados, en condiciones de absoluta igualdad, no discriminación

y accesibilidad universal, debe producirse no sólo respetando sino incluso fomentando y promoviendo la activa participación de la persona con discapacidad para el logro de aquellos objetivos, de modo que la consecución de éstos lleve consigo también el logro de su autonomía e independencia de vida, todo lo que sea posible, para el desarrollo de su propia personalidad.

Esto, como es lógico, tiene una importancia capital para el Derecho, y particularmente para el Derecho Civil, puesto que conecta directamente con la cuestión de la capacidad jurídica de la persona y su actuación en la vida diaria, que es el tema que deberá ocuparnos de forma principal en relación con las personas con discapacidad. En este sentido, hay que alabar el título de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, más conocida como Ley de Dependencia, pero que en su denominación inicial –muy trabajosamente introducida en un momento posterior de su tramitación parlamentaria, dicho sea de paso– hace referencia al principio de autonomía personal de la persona con discapacidad al que me estoy refiriendo y sobre el que trataremos más adelante en este mismo Capítulo con más detenimiento⁵.

Señala sin embargo la doctrina⁶, con referencia a España, el desfase legislativo que existe entre las disposiciones administrativas o de Derecho público por una parte, que han proporcionado un decisivo impulso a la integración social de los discapacitados, además de establecer el procedimiento para la calificación del grado de minusvalía⁷, y por otra las normas

⁵ El Proyecto de Ley fue publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. 84-1, de 5 de mayo de 2006, su aprobación por las Cortes Generales tuvo lugar el 30 de noviembre de 2006, y su publicación se realizó en el BOE núm. 299 del día 15 de diciembre del mismo año, lo que da idea de la celeridad y consenso que tuvo esta ley para su promulgación.

⁶ Se ha ocupado de ello, a mi modo de ver con acierto, MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial...cit.*, pp. 17 ss.

⁷ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por RD 1169/2003, de 12 de septiembre y por RD 504/2007, de 20 de abril.

de Derecho privado, que no han conseguido la integración *jurídica* de las personas con discapacidad. Es más, da la impresión de que en el ámbito jurídico privado ni siquiera se ha pretendido tal integración, o a lo más existen tímidos intentos en este sentido. Lo examinamos a continuación, pero antes conviene detenerse en los nuevos paradigmas de la discapacidad surgidos de acuerdo con la evolución antes señalada, y su decisiva influencia en todos los ámbitos, también en el patrimonial y hereditario.

1.3. Los nuevos paradigmas en torno al fenómeno de la discapacidad y su decisiva influencia

1.3.1. Los paradigmas internos

La profunda, y podríamos afirmar que vertiginosa, transformación en la inteligencia de todo lo que rodea el mundo de la discapacidad se apoya de modo esencial en dos pilares básicos, uno de tipo lógico formal y otro de naturaleza científico empírica⁸:

a) Desde el *punto de vista científico empírico*, el avance de la ciencia médica ha impulsado una nueva conceptualización de la discapacidad psíquica o intelectual, única que aquí nos interesa bajo el punto de vista jurídico de la capacidad de obrar⁹, desde la óptica de la investigación

⁸ En profundidad ha estudiado la cuestión JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ, con aportaciones muy valiosas en “La definición de la discapacidad intelectual de la AAMR y la determinación jurídica de la (in)capacidad. Hacia un nuevo paradigma”, *Discapacidad intelectual y Derecho*, 2ª edición revisada y aumentada, Madrid, 2005, pp. 134 ss.

⁹ En efecto, la discapacidad física presenta otros problemas distintos a las deficiencias de la capacidad de obrar en Derecho, problemas que deben tener sus soluciones específicas: Cfr. EMILIO SÁEZ CRUZ, “Las demandas de colectivos de personas con discapacidad física en España”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, 2004, pp. 263 ss.; también FERNANDO ALONSO LÓPEZ, “Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos”, en *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Navarra, 2007, pp. 1209 ss.

empírica; de este modo, la discapacidad intelectual no debe ser contemplada únicamente de forma individual, en sí misma y aislada de su marco socio-cultural sino dentro del contexto en que la persona discapacitada se desenvuelve y vive, pues las circunstancias que le rodean influyen decisivamente en su comportamiento y desarrollo; hasta el punto de que dichos condicionamientos sociales son en muchas ocasiones los que deberán adaptarse a los requerimientos y carencias de las personas con discapacidad, y no al contrario. De tal manera que la integración a todos los niveles de la persona discapacitada psíquica puede ayudar a paliar y corregir la anomalía intelectual, en una interacción mutua individual y social, capaz de activar positivamente sus posibilidades de actuación y funcionamiento¹⁰. Así, la capacidad y cualidades de la persona discapacitada han de ser consideradas en cada caso, ya que pueden evolucionar favorablemente de forma progresiva mediante su integración y participación en todos los órdenes y a todos los niveles, desarrollando su propia personalidad y autonomía.

- b) Desde la *óptica lógico formal o jurídica*, el nuevo enfoque consiste en la constitucionalización del tratamiento jurídico de la discapacidad intelectual¹¹, de modo que puede hablarse de un nuevo *paradigma jurídico*¹² derivado de la consagración constitucional de un catálogo de derechos fundamentales de la persona y de una serie de valores, principios y criterios orientadores, basado en el carácter normativo de la Constitución y su aplicación directa por jueces y tribunales (art. 5 LOPJ). Principios contemplados en la Constitución Española de 1978 como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), la igualdad (arts. 9.2 y 14 CE), la protección (arts. 49 y 50 CE), representan el nuevo paradigma de la discapacidad conforme

¹⁰ El nuevo paradigma, dirá Seoane Rodríguez, ofrece una respuesta personalizada, dinámica, pluridimensional, social y contextualizada a la discapacidad intelectual, cuyos elementos clave son las capacidades, el funcionamiento y los entornos (“La definición de la discapacidad intelectual...” cit., p. 136).

¹¹ SEOANE RODRÍGUEZ, “La definición de la discapacidad intelectual...” cit., p. 138.

¹² JESÚS MARÍA GARCÍA CALDERÓN, “La voluntad del discapacitado en el proceso”, en *BICNG* núm. 269, T. II, marzo 2004, p. 1173.

al cual debe ésta ser contemplada y tratada. En definitiva, la discapacidad es una cuestión de derechos humanos.

Pero, en mi opinión, con ser acertada la observación de estos nuevos paradigmas en torno a la discapacidad intelectual o psíquica y su trascendental influencia en todo su entorno, hasta hace poco se echaba de menos un pilar esencial de toda esta construcción en torno a la discapacidad: el que podría denominarse *paradigma internacional*, es decir, el apoyo a las personas con discapacidad y a sus derechos por parte de una organización internacional a nivel mundial. Y no es que tal apoyo no lo hubiera en las organizaciones e instituciones internacionales, bien sean de ámbito sectorial (Europa, Ibero-América, etc.) e incluso mundial (Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud). Lo que ocurre es que, al estar inmersa en la materia de los derechos humanos en general, se echaba de menos una referencia mundial de amplio espectro y de carácter integral que abordara los temas de la discapacidad en concreto, y en particular un instrumento internacional de derechos humanos pero exclusivo para las personas con discapacidad, en forma de convenio o convención. A esto me refiero en los epígrafes que siguen.

1.3.2. El paradigma internacional y su importancia en todos los órdenes

Hacíamos antes referencia al movimiento legislativo en España en relación a las personas con discapacidad, que ha experimentado un crecimiento espectacular a principios del siglo XXI, paralelo a la toma de conciencia sobre el fenómeno de la discapacidad y el mundo que le rodea. Pero hay que señalar que la profusión de disposiciones legales sobre la materia no es, desde luego, exclusiva de nuestro país, sino general en muchos ordenamientos jurídicos, al menos los de los países desarrollados, que a su vez influyen en otros con menor grado de desarrollo.

Es lugar común señalar que un hito importante en este tema lo constituyó en 1990 la *American with Disabilities Act* (ADA), Ley de los Estadounidenses con Discapacidad. Esta Ley tuvo decisiva influencia en otros países, como Australia (*Disability Discrimination Act* de 1992), Japón (Ley Fundamental de las Personas con Discapacidad, revisada en

1993), y Reino Unido (*Disability Discrimination Bill* de 1995). Movimiento legislativo que tiene continuidad en el tiempo, así hay que destacar en ese camino la Ley italiana de 9 de enero de 2004, o la Ley francesa sobre las personas con discapacidad de 2005 (Ley nº 2005-102, de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de derechos y oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas discapacitadas).

Decía antes también que, no obstante la legislación nacional de muchos países al respecto, se echaba de menos el apoyo concreto e integral a las personas con discapacidad y a sus derechos por parte de una organización internacional a nivel mundial. Y, repetimos, no es que tal apoyo no lo hubiera en las organizaciones e instituciones internacionales, bien sean de ámbito sectorial (Europa, Ibero-América, etc.) e incluso mundial (Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud). Los autores venían señalando, por una parte, la existencia de tales apoyos en las organizaciones internacionales¹³, en particular los instrumentos internacionales llamados de *soft law*, denominación inglesa que hace referencia al carácter interpretativo u orientador de dichos instrumentos pero que, a diferencia de los tratados y convenciones internacionales, carecen de fuerza obligatoria para los Estados, pues únicamente vienen a ser “stándares interpretativos considerados no obligatorios”¹⁴. En este sentido se aludía al

¹³ Por ejemplo CHRISTIAN COURTIS, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, 2004, donde se refiere a esta cuestión tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos (p. 127 ss) como en particular en el sistema interamericano (p. 138 ss); MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA y CLARA GAZTELU SAN PÍO, “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”, en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea* (Esperanza Alcaín Martínez, Juan González-Badía Fraga y Carmen Molina Fernández, Coordinadores), Granada, 2006, p. 19 ss.

¹⁴ CHRISTIAN COURTIS, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Navarra, 2007, p. 294, pero que, sin embargo, y como señala este mismo autor, son considerados una guía para la interpretación de los derechos establecidos en tratados internacionales o bien indicios del inicio de una costumbre internacional (Op. y loc. cit., n. 50).

“Plan de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”, aprobado por Naciones Unidas en 1982, los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental” de Naciones Unidas en 1991, o las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1993.

Pero, por otro lado, los autores resaltaban a la vez la insuficiencia de tales instrumentos a nivel global y la necesidad de una Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, que ayudara a consolidar la tarea interna de los Estados en este sentido, a veces de muy trabajosa consecución, a la vez que indujera a otros países más rezagados a iniciar tal línea de actuación¹⁵. A diferencia de los instrumentos de *soft law*, un tratado o convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad tendría fuerza obligatoria para los Estados Partes que fueran signatarios del mismo y formalizaran el oportuno proceso de ratificación, adhesión o confirmación oficial.

Contrariamente a lo que se suele pensar, dicen los autores CABRA DE LUNA y GAZTELU SAN PÍO, “las normas internacionales no tienen el objetivo de reemplazar a las normas domésticas. Por el contrario, el orden jurídico internacional tiene como objetivo principal intentar consensuar entre los miembros de la Comunidad de Estados un núcleo mínimo de tra-

¹⁵ Así, puede citarse: ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una Convención Internacional para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, 2004, p. 35 ss; y en la misma obra colectiva que acaba de citarse, JOSÉ GARCÍA AÑÓN, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, p. 75 ss.; así como en dicha obra colectiva RAFAEL DE LORENZO, “Propuestas sobre el futuro de las personas con discapacidad en el mundo”, pp. 213 y 214.

tamiento de ciertas cuestiones concretas y, en lo que respecta de los derechos humanos, esta tarea se traduce en el reconocimiento y el respeto de ciertos derechos y principios básicos y mínimos. De este modo, los Estados tienen la libertad de regular y garantizar los derechos humanos de un modo más amplio, pero se encuentran obligados, ya sea política o jurídicamente, a respetar el estándar mínimo recogido por el instrumento o documento internacional correspondiente”¹⁶.

Asimismo, continúan diciendo los tratadistas citados¹⁷, “este intento de establecer estándares mínimos de reconocimiento y por ende de protección, nos lleva de forma indirecta, aunque no menos importante, al segundo de los objetivos del derecho internacional, que es el de homogeneizar o armonizar el tratamiento de una misma cuestión en los diferentes Estados que conforman la Comunidad Internacional. Esto otorga coherencia al mismo concepto de derechos humanos que pretende imponerse más allá de las cuestiones de soberanía o de límites territoriales”.

La tarea, con todo, no está exenta de dificultades, a veces difícilmente superables, dada la diversidad de criterios, mentalidades, culturas, costumbres y legislaciones que existen entre los distintos países que componen dicha comunidad internacional. Todo lo cual hubo que superar en aras de conseguir, a finales del año 2006, la ansiada convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyas características principales pasamos a exponer seguidamente.

1.3.2.1. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y su ratificación por España

Los primeros pasos en la búsqueda de ese paradigma internacional amplio e integral comenzaron a darse de forma importante en el año 2001:

¹⁶ En “La protección jurídica de las personas con discapacidad...” cit., pp. 20 y 21.

¹⁷ Op. cit., p. 21.

en su Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió establecer un Comité Especial encargado de preparar una convención internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, tomando como base un enfoque integral y amplio de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social.

Tras sucesivas sesiones de trabajo, el Comité Especial elaboró un proyecto de “*Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, que fue *adoptado por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76ª sesión plenaria el día 13 de diciembre de 2006*, y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad. Es el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado por la ONU, el tratado que se negoció con mayor rapidez en la historia del Derecho Internacional y, en palabras del entonces vicesecretario general de esta organización, Malloch Brown, el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet¹⁸.

También es la primera Convención en que participan activamente las *Organizaciones no Gubernamentales* (ONGs), incluidas naturalmente (pero no sólo) las de personas y familiares de personas con discapacidad. Hasta entonces, dichas organizaciones participaban en los convenios internacionales de forma extraoficial, “haciendo pasillo” y transmitiendo sus opiniones a los delegados en los recesos de la negociación. La novedad consiste en que la participación de las ONGs ha sido muy activa, no sólo formando parte de las delegaciones sino también haciendo oír sus propias opiniones en las sesiones de trabajo. De hecho, la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad de 2006 recoge en su texto muchas de las sugerencias y propuestas de estas organizaciones.

¹⁸ Pueden leerse sus palabras en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>.

En la misma línea, y también como novedad digna de mención, hay que señalar que es la primera convención sobre derechos humanos que está abierta a la firma no sólo de los Estados sino también de las *Organizaciones Internacionales de Integración* (Regional Integration Organizations), tal como las define la propia convención en su artículo 44.1: una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la convención. De hecho, de los más de ochenta firmantes de la convención el primer día en que se abrió a la firma (el 30 de marzo de 2007), uno de ellos era una organización de este tipo, que además participó activamente en la elaboración del convenio: la Comunidad Europea¹⁹. En concreto, hubo 81 Estados miembros, más la Comunidad Europea, que firmaron ese día la Convención, lo que representa el mayor número de firmas conseguido jamás por un instrumento de derechos humanos en el día de su apertura a la firma.

Sin ánimo exhaustivo, pasamos a señalar algunas de las características más notables de dicha Convención²⁰:

¹⁹ Que no la Unión Europea, pues ésta (la Unión Europea) curiosamente no tenía personalidad jurídica internacional, y no podía con ese nombre firmar en diciembre de 2006 ningún convenio. En realidad, la personalidad jurídica internacional la tenía entonces la Comunidad Europea, producto histórico de la evolución experimentada en el proceso europeo de integración. El tema pretendió resolverse en el nuevo Tratado de 2004 por el que se establecía una Constitución para Europa, pero su rechazo en referéndum por Holanda y Francia dió al traste con el proyecto. Por fin, el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, atribuye personalidad jurídica a la Unión Europea, que sustituye y sucede a la Comunidad Europea y que por tanto podrá ya firmar con esa denominación los futuros Tratados internacionales, cuando entre en vigor la expresada modificación.

²⁰ Texto íntegro en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/draftconvention.html>. También puede verse en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/conventions.htm>, como texto presentado por el Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General, y que fue adoptado por ésta el 13 de diciembre de 2006. Naturalmente, el Instrumento de Ratificación por España de la Convención, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, recoge el texto íntegro de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que puede verse en el Anexo legislativo que acompaña a la presente obra.

- 1) *Propósito de la Convención y definición de la discapacidad.* De acuerdo con el artículo 1:

“El propósito de la presente Convención es 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.

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.”

- 2) *Principios generales.* Revisten enorme importancia y están contenidos en el artículo 3: 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; y, finalmente, 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.
- 3) Recoge lo que la misma Convención denomina “*Toma de conciencia*” sobre la discapacidad, traduciéndolo en obligaciones para los Estados Partes, ya que éstos “se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos

de la vida; c) promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad”.

- 4) En el terreno más concreto, consagra la Convención una serie de *derechos de las personas con discapacidad* que pueden clasificarse²¹ en:
- a) *Derechos de Igualdad*, como son los de igualdad y no discriminación (art. 5), accesibilidad (art. 9), igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), e igualdad en el acceso a la justicia (art. 13);
 - b) *Derechos de Protección*, como la protección de la vida (art. 10), la protección ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), y demás contemplados en los arts. 15, 17, 22 y 23; c) *Derechos de Libertad y Autonomía personal*, como la libertad y seguridad personal (art. 14), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), y a la movilidad personal (art. 20); d) *Derechos de Participación*, como la libertad de expresión, opinión y acceso a la información (art. 21), la participación en la vida política y pública (art. 29), así como en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30); e) y, finalmente, *Derechos Sociales básicos*, como la educación (art. 24), la salud (art. 25), la habilitación y rehabilitación (art. 26), el trabajo y el empleo (art. 27) y gozar de un nivel de vida adecuado y de la protección social (art. 28).

Conviene añadir que, a diferencia con otros convenios de derechos humanos, y en particular a *diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 no contiene solamente un desarrollo de derechos sustantivos, sino también que tales derechos son abordados en concreto desde la perspectiva y desde la fórmula propia de los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, de modo que en el desarrollo de cada derecho se especifican los medios de acción positiva que son neces-

²¹ Siguiendo el criterio de AGUSTINA PALACIOS Y FRANCISCO BARIFFI (*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos...cit.*, p. 101).

rios para su logro teniendo en cuenta dichos principios, lo que, por otra parte, dota a la Convención de una *naturaleza integral o completa*²², a la vez que de un *reconocimiento más firme y consistente de los derechos*²³.

La Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*²⁴, complementario pero independiente de aquella. Mediante este instrumento, según su primer artículo: “Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.”

Dicho instrumento está abierto a la firma de todos los Estados y las Organizaciones Regionales de Integración que sean signatarios de la Convención. Para ratificar el Protocolo por un Estado signatario del mismo, o por una Organización Regional de Integración signataria de dicho Protocolo, es necesario haber ratificado, o haber confirmado oficialmente, o haberse adherido previamente a la Convención. Paralelamente, el Protocolo está abierto a la adhesión de cualquier Estado u Organización

²² Agudamente lo señalan AGUSTINA PALACIOS Y FRANCISCO BARIFFI (*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos...cit.*, pp. 55 y 56), que son grandes conocedores de esta materia, no en vano participaron en las reuniones preparatorias de la Convención.

²³ CHRISTIAN COURTIS, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas...” cit., p. 306.

²⁴ En internet: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/protconvention.html>. Naturalmente, y al igual que ocurre con la Convención, el Instrumento de Ratificación por España del Protocolo Facultativo, publicado en el BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, recoge el texto íntegro del mismo, que puede verse en el Anexo legislativo que acompaña a la presente obra.

Regional de Integración que haya ratificado la Convención, la haya confirmado oficialmente o se haya adherido a ella y que no haya firmado el Protocolo.

Hay dos tipos de actuaciones por parte del Comité, según la intensidad o gravedad de la denuncia que se le presente: A) Por una parte, las “comunicaciones” que reciba, y a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 del Protocolo; se abre un plazo de seis meses para que el Estado Parte presente por escrito las explicaciones o aclaraciones oportunas y, en su caso, se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado; el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante; es lo que podría denominarse un *control blando* de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención. B) Por otra parte, los artículos 6 y 7 contemplan el supuesto más grave de que el Comité reciba “información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención”; en tal caso puede el Comité abrir una “investigación” confidencial, con visita a su territorio incluida, solicitando la colaboración e informe del Estado Parte afectado, al cual el Comité podrá efectuar las observaciones y recomendaciones que estime oportunas e invitar a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación; podría decirse que en este caso el Comité de Naciones Unidas ejerce un *control duro* acerca de las obligaciones del Estado Parte.

A estos efectos, sin embargo, recoge dicho Protocolo en su artículo 8 la denominada *cláusula opt-out*, por virtud de la cual: “Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7”, es decir, la que se deriva del supuesto más grave, de control más fuerte o control duro por parte del Comité, a que hemos hecho referencia. El Estado Parte que no quiera reconocer esta competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad tendrá que declararlo así de forma expresa en el momento en que firme, ratifique o se adhiera al Protocolo, de lo contrario

se entiende que acepta la expresada competencia y las consecuencias que de ella puedan derivarse²⁵.

De este modo, los Estados Partes pueden: a) ratificar sólomente la Convención y no ratificar el Protocolo, en cuyo caso el Comité de Naciones Unidas no tendrá competencia para recibir comunicaciones individuales –control blando– ni para iniciar investigaciones acerca de violaciones de los derechos recogidos en la Convención –control fuerte– con respecto a ese Estado Parte; b) ratificar la Convención y ratificar el Protocolo, pero utilizando en éste la cláusula *opt-out* del artículo 8 del Protocolo, en cuyo caso el Comité sí podrá recibir comunicaciones individuales de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos –control blando–, pero no podrá iniciar una investigación con base a informaciones fidedignas que revelen violaciones graves o sistemáticas por el Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención –control duro–; c) ratificar la Convención y el Protocolo Facultativo sin más, es decir, sin formular ninguna reserva, en cuyo caso el Estado Parte se somete a ambos tipos de control por parte del Comité de Naciones Unidas.

Esta última opción es la que eligió el Reino de España, ratificando sin ningún tipo de reservas tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo a la misma, mediante *Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depo-*

²⁵ Se diferencia así este Protocolo de aquellos otros instrumentos internacionales en que se requiere una sumisión expresa del Estado signatario a la competencia de los órganos o comités de control que se crean, es decir, que el Estado Parte tiene que aceptar expresamente dicha competencia, de modo que si no dice nada en el momento de la firma, adhesión o confirmación oficial se entiende que no la acepta, pues para aceptarla hace falta una declaración u opción expresa de aceptación (cláusula *opt-in*). Aquí es al contrario, si el Estado Parte no dice nada se entiende que acepta la expresada competencia, pues para rechazarla hace falta una declaración u opción expresa de rechazo (cláusula *opt-out*). Desde el punto de vista de Derecho Internacional, la diferencia es importante, pues es mucho mayor el “desgaste” que para el Estado Parte lleva consigo la utilización la cláusula *opt-out* que la *opt-in*, ya que en el primer caso el rechazo al control por Naciones Unidas es expreso.

sitados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

A España cabe el honor de haber sido, no sólo firmante el primer día que fue posible (el 30 de marzo de 2007) de ambos convenios –la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo–, sino también el de haber pertenecido al grupo de los veinte primeros Estados que ratificaron la Convención y al de los diez primeros Estados que ratificaron el Protocolo Facultativo, y por tanto de haber contribuido a su entrada en vigor.

En efecto, de acuerdo con el artículo 45.1 de la Convención, ésta debía entrar en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que hubiera sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión; y de acuerdo con el artículo 13.1 del Protocolo, éste debía entrar en vigor el trigésimo día después de que se hubiese depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión, eso sí, “con sujeción a la entrada en vigor de la Convención”, pues resulta evidente que el Protocolo Facultativo no podía entrar en vigor antes que la Convención.

Los instrumentos de ratificación depositados por España ante el Secretario General de las Naciones Unidas el día 3 de diciembre de 2007 hacían el número diez de la Convención y cinco del Protocolo; como el Estado signatario de Ecuador hacía el número veinte en la ratificación de la Convención, cuyo instrumento depositó dicho Estado el 3 de abril de 2008, y el Estado signatario de Guinea hacía el número diez del Protocolo Facultativo, cuyo instrumento depositó dicho Estado el 8 de febrero de 2008, tanto la Convención como su Protocolo Facultativo entraron en vigor el 3 de mayo de 2008. De acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Instrumentos de Ratificación, el mismo día 3 de mayo de 2008 entraron en vigor ambos convenios en España, que no hizo reserva ni declaración interpretativa alguna a ninguno de ellos, a diferencia de otros Estados europeos, como Países Bajos, Malta o Polonia.

Por lo demás, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad recoge las inquietudes y anhelos del mundo de la discapacidad en forma de convenio internacional amplio e integral sobre los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. Así, opta por el modelo integrador o social, promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Utiliza un lenguaje moderno y adaptado al fenómeno de la discapacidad (“discriminación por motivos de discapacidad”, “ajustes razonables”, “diseño universal”, etc.), se ocupa de las personas con discapacidad en situación de dependencia y de los medios personales y materiales para su atención, compromete a los Estados Partes en la adopción de medidas tendentes al logro de los objetivos propuestos, a la vez que garantiza a las personas con discapacidad y a sus organizaciones o asociaciones la participación en las políticas legislativas más adecuadas, fomenta el acceso y utilización de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y el conocimiento, etc.

En suma, y como consideración final acerca de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, se trata de un instrumento –aunque en puridad de doctrina internacional deberíamos decir dos instrumentos, pues se trata de dos convenios– de gran valor, tanto desde el punto de vista jurídico-internacional como desde el punto de vista humano. Un excelente convenio internacional digno de la mejor causa, que incorpora el mundo de la discapacidad a la corriente mundial sobre los derechos humanos, que protege y promueve el respeto a la dignidad de todas las personas con discapacidad y a los derechos que les son inherentes. Un convenio moderno, amplio e integral del siglo veintiuno, destinado a influir de manera decisiva en todos los ámbitos, incluido el que aquí más nos interesa, como es el de la capacidad legal de dichas personas.

1.3.2.2. *El tema de la capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la Convención*

Acabamos de analizar las principales bondades de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Pero no todo son bondades, o mejor dicho, no todo es un camino de rosas en el desarrollo de tales derechos, por el contrario, en la elaboración de un convenio internacional participan muchas personas, de muchos y variados países, con distintas mentalidades y culturas, que inevitablemente afloran a la hora de redactar el texto definitivo, y más en un convenio sobre derechos humanos. Aparecen entonces las dificultades y diferencias de opinión, algunas de ellas bastante serias, que se dejan traslucir en el texto de la Convención.

El tema de la capacidad jurídica es una de estas cuestiones, quizás la principal y más delicada, hasta el punto de que su discusión puso en peligro la adopción misma del texto final de la Convención²⁶. La discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar. En el primer grupo se encontraban los países occidentales tanto de Europa como de América, y al frente de los mismos la Unión Europea; en el segundo grupo estaban los países islámicos, China y Rusia.

La solución de compromiso en la redacción del texto propuesto por el Comité Especial de Naciones Unidas tuvo que incluir una novedosa “nota a pie de página” del artículo 12 con la siguiente redacción: “En árabe, chino y ruso, la expresión *capacidad jurídica* se refiere a la *capacidad jurídica de ostentar derechos*, no a la capacidad de obrar”. Con este pecu-

²⁶ Lo señalan AGUSTINA PALACIOS y FRANCISCO BARIFFI en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos...cit.*, p. 104.

liar sistema quedaba reflejada en el convenio la enorme distancia que separa ambas mentalidades, una abierta a los derechos en su más amplio sentido en favor de las personas con discapacidad, tanto en su titularidad jurídica como en su ejercicio práctico, y otra atribuyéndoles en teoría la titularidad formal de los derechos pero reservándose para su legislación interna la regulación en la práctica del ejercicio de tales derechos por estas personas.

Al final, se suprimió dicha nota en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General, y el artículo en cuestión quedó redactado de la siguiente forma:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán 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. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, indepen-

diente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

El precepto distingue claramente los dos conceptos clásicos de *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, referidos preferentemente a las *personas con discapacidad intelectual o psíquica*, ya que las personas con discapacidad física, incluso sensorial en sus manifestaciones menos severas, no tienen problema en cuanto a su capacidad civil, otro tema será la posibilidad práctica y real de llevarla a cabo por dificultades de movilidad, accesibilidad, etc., pero ésta es otra cuestión. El tema se plantea con referencia a los discapacitados psíquicos, y a su vez distinguiendo dentro de este grupo según el grado de la discapacidad.

Para refrescar conceptos nada mejor que reproducir las palabras del profesor GULLÓN BALLESTEROS a este respecto:

“Sabemos que la capacidad jurídica es la aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos y deberes mientras que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico.

La capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución Española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad huma-

na. Es verdad que el ordenamiento jurídico ha negado la capacidad jurídica a determinada clase de personas, como los esclavos. Pero es una fase superada en la historia de Occidente.

Si la capacidad jurídica (es) el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Ha dicho FALZEA que la capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa.

De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y querer.”²⁷

Pues bien, siguiendo esta concepción doctrinal imperante en los países occidentales, que impuso con tesón fundamentalmente la Unión Europea, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 distingue esos dos conceptos o acepciones de la capacidad. Los dos primeros apartados se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas en condiciones de igualdad con los demás en todos los aspectos de la vida. A su vez, el apartado último, el quinto, también se refiere a la capacidad jurídica, pues menciona en general el derecho de propiedad, y en concreto el que se deriva de la herencia, reconociendo el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes como los demás, con todo lo que es accesorio del mismo (gestión personal de sus propios asuntos económicos, acceso en igualdad de condiciones a la financiación bancaria, etc). El último inciso de este apartado da idea de la situación de los derechos de las personas con discapacidad en algunos países: los Estados Partes velarán por que dichas personas no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Los apartados tercero y cuarto, seguramente los más polémicos de la Convención, hacen referencia a la capacidad de obrar, aunque sin mencio-

²⁷ ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13-14.

narla con ese nombre, pero no otra cosa es “el ejercicio de la capacidad jurídica”, para el cual los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo (apartado tercero). La mención está tomada del *artículo 15.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979:

“Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una *capacidad jurídica* idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para *el ejercicio de esa capacidad*. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.”

Mención aparte merece el apartado 4, que comienza aludiendo de nuevo al “ejercicio de la capacidad jurídica”, o sea, a la capacidad de obrar, y estableciendo a continuación que las medidas de los Estados Partes relativas al mismo deberán proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, asegurar que se respeten los derechos y autonomía de la persona con discapacidad, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que tales salvaguardias sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y que estén sujetas a control de una autoridad u órgano judicial.

El inciso final de este apartado 4 hace alusión a un concepto fundamental, el *superior interés de las personas con discapacidad*, que desarrollaremos posteriormente y que reviste importancia capital en materia jurídico-civil y de capacidad: “Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. La importancia de éstos determinará la extensión o intensidad de aquellas medidas de salvaguardia que deban adoptarse.

Por lo expuesto anteriormente no puede decirse que sea exagerada la afirmación de AGUSTINA PALACIOS y FRANCISCO BARIFFI ²⁸ de

²⁸ En su obra *La capacidad como una cuestión de derechos humanos...cit.*, p. 105.

que estamos en presencia de “una disposición de vanguardia y de gran importancia para las personas con discapacidad, puesto que impone obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, significará la reforma de la legislación doméstica sobre capacidad jurídica”, entendiéndolo, me parece a mí, la expresión “capacidad jurídica” que utilizan estos autores como capacidad en sus dos acepciones tanto jurídica propiamente dicha como de obrar. No menos importancia tiene la perspicaz observación por los mismos autores de que el tradicional modelo de la capacidad, basado en la “sustitución” de la persona discapacitada, da paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención, y que aboga por un sistema de “apoyo”. Desde luego, parece claro que todo esto está destinado a producir cambios sustanciales de los ordenamientos jurídico-privados en materia de capacidad.