

CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ALONSO KARIM GONZÁLEZ RAMOS



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPACIDAD JURÍDICA
DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

ALONSO KARIM GONZÁLEZ RAMOS



México, 2010

Primera edición: noviembre, 2010
ISBN: 978-607-7888-58-1

**D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**

Periférico Sur 3469,
colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

Introducción	9
Capítulo 1. Adopción del modelo social de la discapacidad	13
I. Modelos de tratamiento de la discapacidad	13
1. Modelo de prescindencia	14
2. Modelo médico o rehabilitador	14
3. Modelo social o de derechos humanos	16
II. El cambio de paradigma en los instrumentos jurídicos del Sistema Universal de Derechos Humanos	18
1. Instrumentos no vinculantes y estudios específicos sobre discapacidad	18
2. Los tratados de derechos humanos y la discapacidad	25
III. La situación de las personas con discapacidad	29
IV. Justificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su proceso de creación	32
1. Justificación para la adopción de una nueva Convención de Derechos Humanos	32
2. El proceso de negociación y la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	34

Capítulo 2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Elementos generales	39
I. Parte introductoria	42
1. Persona con discapacidad	43
2. Discriminación por motivos de discapacidad	44
II. Artículos de aplicación universal	45
III. Derechos sustantivos	48
IV. Mecanismos de aplicación y seguimiento	49
1. Mecanismos nacionales	50
2. Mecanismo internacional	51
Capítulo 3. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	53
I. El proceso de adopción del artículo 12	53
1. El texto presentado por México	55
2. Adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones	65
3. Significado del término capacidad jurídica	69
4. Desde el texto del Presidente hasta la adopción del artículo 12 de la Convención	71
II. El artículo 12 de la Convención	75
Capítulo 4. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en México	85
I. Procedimiento de declaración de incapacidad (CPCDF)	86
1. Primer reconocimiento	87
2. Nombramiento de tutor o curador interinos	88
3. Bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino	88
4. Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado	89
5. Segundo reconocimiento	89
6. Junta de avenencia	89
7. Audiencia	90

8. Juicio ordinario	90
9. Medios probatorios	90
II. Efectos de la sentencia de interdicción	91
III. Críticas al modelo sostenido por el Código Civil	92
Capítulo 5. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el derecho comparado	95
I. Suecia	95
1. El mentor	96
2. El administrador	97
3. Otras instituciones del derecho sueco	98
II. Escocia	99
III. Inglaterra	101
IV. Alemania	102
V. Irlanda	103
VI. Dinamarca	104
Capítulo 6. La Declaración Interpretativa formulada por México al párrafo 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	105
I. El Proyecto de Reserva al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el dictamen de las Comisiones Unidas del Senado	105
II. La Declaración Interpretativa al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	110
Conclusiones	113
Bibliografía	119

INTRODUCCIÓN

En el mundo hay alrededor de 650 millones de personas con discapacidad, es decir 10 % de la población total, de los cuales aproximadamente 80 % viven en países en desarrollo. Se estima que 20 % de las personas más pobres del mundo tienen alguna discapacidad. En países en desarrollo 90 % de los niños con discapacidad no atienden a la escuela. El desempleo de las personas con discapacidad llega a ser de 80 % en algunos países.¹

Las personas con discapacidad constituyen uno de los grupos más marginados en las sociedades actuales. Sin importar la situación económica o de respeto a los derechos humanos que existen en cada país, las personas con discapacidad siempre se han encontrado en una de las situaciones más vulnerables en las sociedades, respecto de las violaciones de derechos humanos.

No obstante el desarrollo que ha existido en materia de derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, las personas con discapacidad no se habían visto beneficiadas por el sistema convencional de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer Tratado Internacional de las Naciones Unidas que protege directamente a las personas con discapacidad, y el primero que lo hace desde una perspectiva holística, esto es, desde todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad.

¹ Cifras de la Organización de las Naciones Unidas

Uno de dichos ámbitos es el de la capacidad jurídica. En virtud del modelo imperante en la mayoría de las legislaciones nacionales e incluso en los instrumentos internacionales relativos a discapacidad anteriores a la mencionada Convención, las personas con ciertos tipos de discapacidades (especial, pero no exclusivamente, discapacidades intelectuales y mentales) habían (y en muchos lugares, como veremos, continúan) sido vistas como “objetos” para ser cuidados o dirigidos, perdiendo de vista que detrás de la discapacidad existe un “sujeto” de derechos, cuyos derechos humanos deben ser respetados y protegidos.

Se ha dicho que una de las labores del derecho internacional de los derechos humanos consiste en cuestionar la legislación nacional de carácter discriminatorio.² En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta un modelo que, de acuerdo con los valores y principios sustentados por el sistema de derechos humanos, tiene por objeto superar los modelos adoptados por las legislaciones nacionales, con el objetivo final de lograr el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de todos los miembros de la sociedad, sin embargo, el nuevo modelo de la Convención en materia de capacidad jurídica de las personas con

²International Disability Alliance, “Opinión legal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Vid. <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/> Firmada por expertos en derechos de las personas con discapacidad y derechos humanos: Santos Cifuentes (Argentina), Christian Courtis (Argentina), Agustina Palacios (Argentina), Duncan Chappell (Australia), Bernadette McSherry (Australia), Ana Paula Crosara de Resende (Brasil), Patricia García Coelho Catani (Brasil), María Soledad Cisternas Reyes (Chile), Rodrigo Jiménez (Costa Rica), Holger Kallehauge (Dinamarca), Amita Dhanda (India), Gerard Quinn (Irlanda), Yoshikazu Ikehara (Japón), Makoto Iwai (Japón), Hirobumi Uchida (Japón), Mitsuhide Yahiro (Japón), Santiago Corcuera Cabezut (México), Carlos Ríos Espinosa (México), Lisa Waddington (Holanda) Susan Jane Hickey (Nueva Zelanda), Carlos Emilio López (Nicaragua), Juan Vicente Ugarte del Pino (Perú), Peter Bartlett (Reino Unido), Robert Dinerstein (Estados Unidos), Arlene S. Kanter (Estados Unidos), Tina Minkowitz (Estados Unidos), Michael L. Perlin (Estados Unidos), Stephen A. Rosenbaum (Estados Unidos), Susan Stefan (Estados Unidos), Michael Stein (Estados Unidos), Michael Waterstone (Estados Unidos).

discapacidad ha generado dudas en muchos Estados, entre ellos México. En virtud de lo anterior, el Estado mexicano ha formulado una Declaración Interpretativa al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención que, como veremos, tiene el objetivo de restringir su aplicación y continuar con el modelo adoptado por su legislación interna.³

En este trabajo analizo el modelo de capacidad jurídica de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el modelo de la legislación local y las consecuencias que tiene la Declaración Interpretativa formulada por México al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención.

Comienzo describiendo el paradigma adoptado por la Convención, paradigma de derechos humanos, también conocido como social, y el camino que se recorrió en la comunidad internacional para llegar a dicho paradigma (capítulo 1); posteriormente, hago una breve síntesis del contenido esencial de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (capítulo 2). En el capítulo 3 analizo los debates que hubo respecto del artículo 12 en el Comité Especial que se encargó de preparar el texto de la Convención, así como el contenido de dicho artículo y su interpretación, para posteriormente hacer una síntesis del procedimiento de interdicción (y sus consecuencias) previsto por la legislación nacional y las críticas que se pueden hacer a dicho modelo desde el modelo de la Convención (capítulo 4); el siguiente capítulo ofrece algunos ejemplos de instituciones de derecho comparado que han adoptado el modelo de la Convención (capítulo 5) y, por último, analizo cómo se llegó a la formulación de la Declaración Interpretativa de México al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención y sus consecuencias (capítulo 6).⁴

³ Otros Estados que han formulado reservas o declaraciones interpretativas al párrafo segundo del artículo 12, hasta el momento de redacción del presente trabajo, son Australia y Egipto.

⁴ El método de citación de obras consultadas que seguiré en este trabajo será el del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CAPÍTULO 1
ADOPCIÓN DEL MODELO SOCIAL
DE LA DISCAPACIDAD

I. MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

Las sociedades han tenido diversas respuestas ante la discapacidad a lo largo de la historia. Una constante en todas las formas de percibir las diferencias funcionales entre los hombres y de responder a ellas ha sido la exclusión y la segregación de las personas con discapacidad.

En este apartado describo la clasificación que la doctrina ha hecho respecto de los distintos modelos de tratamiento de la discapacidad que han existido hasta llegar al modelo social o de derechos humanos (en lo sucesivo utilizaré indistintamente las dos denominaciones haciendo referencia al mismo modelo, no obstante que hay quien hace la distinción entre ellos).¹ Este modelo surgió hace algunas décadas y ha sido adoptado por la Convención sobre

¹Michael Stein distingue entre el modelo social, el cual, según dicho autor, buscaba la igualdad de las personas con discapacidad a través del reclamo de los derechos de primera generación y el modelo de derechos humanos, el cual, según el profesor de Harvard, adopta corolarios del modelo social, sin embargo, va más allá de éste, al reconocer que es necesario reclamar tanto derechos de primera generación como derechos de segunda generación, de manera que las personas con discapacidad, ante la constante segregación y exclusión de que han sido objeto, reciban el apoyo que sea necesario de la sociedad para lograr una igualdad de oportunidades. *Vid.* Michael A. Stein, “Disability Human Rights”, *California Law Review*, p. 75; Michael A. Stein, y Penelope J. S. Stein, “Beyond Disability Civil Rights”, *Hastings Law Journal*, p. 1203.

los Derechos de las Personas con Discapacidad, y lo ha reafirmado y legitimado la comunidad internacional.

1. Modelo de prescindencia

Este modelo, que podemos localizar en la antigüedad greco-romana y en la Edad Media, dice que las causas que originan la discapacidad son religiosas y asume como innecesarias a las personas con discapacidad, en virtud de que albergan castigos divinos; mensajes diabólicos, derivados de los errores o faltas cometidos por los padres; que ese grupo de personas no contribuye con la sociedad, o que, simplemente, la vida de las personas con discapacidad no vale la pena ser vivida.²

La sociedad, como consecuencia de lo anterior, busca prescindir de las personas con discapacidad a través de la aplicación de medidas eugenésicas tales como el infanticidio de niños con discapacidad, o por medio de la marginación o exclusión.

Con diferentes causas, la prescindencia fue también una “solución” al “problema” de la discapacidad en épocas no tan remotas como la Segunda Guerra Mundial, en la que este tipo de personas fueron de las más cuantiosas víctimas del régimen nazi.³

2. Modelo médico o rehabilitador

El modelo médico considera que las causas de la discapacidad son, como su nombre lo indica, médicas, por lo tanto, deja de asumir a las personas con discapacidad como innecesarias, como el mode-

² Agustina Palacios, y Francisco Baríffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 13.

³ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability. The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, p. 15. Hay una traducción al español de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH): *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*.

lo de prescindencia, siempre y cuando esas personas sean rehabilitadas o “curadas”.⁴

Este modelo ha tendido a reforzar la idea de que las personas con discapacidad están “rotas” y por lo tanto, requieren de expertos médicos o de rehabilitación para “reparar” su discapacidad, para que puedan participar en la sociedad.⁵

El modelo médico sitúa el “problema” de la discapacidad en la persona misma, quien requiere tratamientos médicos para ser rehabilitada; asimismo, entiende a la persona con discapacidad como objeto de análisis clínico, de seguridad social, de cuidado médico o de caridad, alejándose de la idea de la persona como un sujeto titular de derechos.⁶

Es a partir de la Primera Guerra Mundial que este modelo toma mayor fuerza. Los Estados se ven en la obligación de compensar a los veteranos de guerra con discapacidad, lo que hacen garantizando los servicios sociales a través de políticas legislativas. Esto tiene como consecuencia que la discapacidad sea relacionada con los heridos de guerra y sea vista como una deficiencia.

Posteriormente, en la década de los años sesentas, estas políticas se extienden a todas las personas con discapacidad, sin importar la causa de la misma.

Bajo este modelo, se cree que las personas con discapacidad son incapaces de realizar sus actividades cotidianas, debido a cuestiones médicas, por lo que son sistemáticamente excluidas de la sociedad, ya sea recibiendo beneficios de la seguridad social, en lugar de darles la posibilidad de obtener empleos, o mediante la educación de niños con discapacidad en escuelas especiales.⁷

⁴ Agustina Palacios, y Francisco Bariffi, *op. cit.*, p. 15.

⁵ Janet E. Lord, *A White Paper. Understanding the Role of an International Convention on the Human Rights of People with Disabilities. An analysis of the legal, social, and practical implications for policy makers and disability and human rights advocates in the United States*, p. 27.

⁶ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*, p. 3.

⁷ Michael A. Stein, “Disability Human Rights”, *op. cit.*

3. Modelo social o de derechos humanos

Desde este modelo se ha establecido que la construcción social del entorno, así como las actitudes reflejadas por la sociedad, son factores fundamentales en la creación de la discapacidad. Son las decisiones tomadas por las mayorías las que establecen cuáles serán las condiciones que deberá cumplir el cuerpo humano en cada sociedad; por lo tanto, son factores externos a las deficiencias de las personas con discapacidad los que determinarán la capacidad de una persona.⁸

Como lo ha señalado la filósofa Anita Silvers: ser fisiológicamente anormal es visto como anormal sólo porque un grupo dominante impuso las condiciones favorables a sus propias circunstancias, y no por algún mandato biológico o triunfo evolutivo.⁹

El modelo social se enfoca en la dignidad de la persona humana y, posteriormente, y sólo si es necesario, en la discapacidad. Localiza el “problema” de la discapacidad fuera de la persona, en la sociedad, la que no ha sido capaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella. De lo anterior se deriva que el Estado sea el responsable de eliminar las barreras creadas socialmente que impiden a las personas con discapacidad gozar de un igual respeto y disfrute de sus derechos humanos. Asimismo, centra en el individuo la toma de decisiones que le pueden afectar.

El objetivo primordial de este paradigma es la construcción de sociedades verdaderamente inclusivas, que valoren las diferencias de sus integrantes. Como dicen Quinn y Degener, el paradigma de derechos humanos está en sintonía con un movimiento más amplio, que busca la creación de sociedades inclusivas para todos.¹⁰

El modelo de derechos humanos en lugar de buscar la rehabilitación de la persona con discapacidad busca la rehabilitación de la sociedad, que sea pensada y diseñada para hacer frente a las ne-

⁸ *Ibid.*

⁹ Anita Silvers, “Formal Justice”, citado en Stein, “Disability Human Rights”, *op. cit.*

¹⁰ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *A Survey...*, *op. cit.*, p. 12.

cesidades de todas las personas. El modelo, asimismo, busca rescatar las capacidades en lugar de acentuar las discapacidades de las personas.¹¹ Por lo anterior, el modelo aboga por las mismas oportunidades de desarrollo para niños y niñas con discapacidad que las de los niños y niñas sin discapacidad, es decir, educación inclusiva, adaptada a las necesidades de todos, dejando la educación especial como última medida. Asimismo, se plantea la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario, dejando, igualmente, el empleo protegido en segundo término.

El modelo social nace a finales de la década de los años sesentas del siglo XX en Estados Unidos e Inglaterra, momento en que las personas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad hacen notar su situación de “ciudadanos de segunda clase”, y comienzan a hablar de las barreras sociales y ambientales, así como de las actitudes discriminatorias como las medidas que discapacitan a las personas.¹²

Las organizaciones de personas con discapacidad buscaron cambiar la opinión de la sociedad, que veía a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable necesitado de protección, y reivindicaron su derecho a definir sus propias necesidades y servicios prioritarios.

Se comienzan a distinguir, entonces, los conceptos de deficiencia y discapacidad, señalando que la primera es una pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo, mientras que la segunda es la desventaja causada por la organización social que no considera a las personas con deficiencias y las excluye de las actividades cotidianas de la sociedad.¹³

Como ha señalado Agustina Palacios, los supuestos de que parte el modelo se pueden resumir en tres: toda vida humana, sin importar la naturaleza de las deficiencias, goza del mismo valor en dignidad; toda persona debe poder tener la posibilidad de tomar las

¹¹ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 104.

¹² *Ibid.* p. 107.

¹³ *Vid.* Principios Fundamentales de la “Union of the Physical Impaired Against Segregation”, citado en A. Palacios, *El modelo social...*, *op. cit.*, p. 123.

decisiones que le afecten en lo referente a su desarrollo como sujeto moral, y las personas con discapacidad tienen el derecho de participar en todas las actividades de la sociedad.¹⁴

El paradigma de derechos humanos, como ha dicho Michael Stein, se enfoca en capacitar a los individuos para desarrollar sus talentos individuales, siendo éstos, es decir, sus talentos, más individuales que las capacidades y, por definición, no universalmente compartidos. La perspectiva de derechos humanos, por lo tanto, reconoce las diferencias individuales, proveyendo de las necesidades de cada uno. Este paradigma busca desarrollar los talentos de las personas para conseguir el florecimiento de cada ser humano.¹⁵

Es importante agregar que el modelo de derechos humanos no aboga por la creación de nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que lo que este paradigma busca es que los derechos ya existentes sean disfrutados por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.¹⁶

II. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

1. Instrumentos no vinculantes y estudios específicos sobre discapacidad

En los últimos 20 años la discapacidad se ha convertido en un tema de relevancia en la comunidad internacional, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas. Poco a poco ésta ha dejado de ver la discapacidad como una cuestión médica y de asistencia social, para tratarla como una cuestión de derechos humanos.

En lo que resta del capítulo haré una descripción de las diversas resoluciones, declaraciones y otros instrumentos jurídicos no vinculantes, así como estudios especializados que contribuyeron al

¹⁴ *Ibid.*, p. 141.

¹⁵ Michael A. Stein, "Disability...", *op. cit.*

¹⁶ En ese sentido *vid.* Janet E. Lord, *A White Paper...*, *op. cit.*

cambio de perspectiva respecto de la discapacidad, hasta llegar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, primer instrumento jurídico vinculante que trata de manera holística la discapacidad, desde una perspectiva de derechos humanos.

Primeras resoluciones, declaraciones y estudios

Si bien es cierto que la cuestión de la discapacidad toma fuerza a partir de la década de los años ochentas del siglo XX, podemos encontrar diversas resoluciones del Consejo de Derechos Económicos y Sociales, así como de la Asamblea General de la ONU en la materia desde 1950. Todas ellas, como es fácil imaginar, desde una perspectiva médico-asistencialista.¹⁷

En 1970 la Asamblea General de la ONU adoptó dos declaraciones que comienzan a cambiar la perspectiva en la que la discapacidad es tratada en la comunidad internacional. La primera es la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental,¹⁸ que señala que “[e]l retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”,¹⁹ posteriormente establece algunos derechos de especial importancia para las personas con discapacidad intelectual.

La segunda declaración, denominada Declaración de los Derechos de los Impedidos,²⁰ señala que: “[e]l impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos.”²¹ Asimismo, se refiere a la autonomía de los mal llamados “impedidos” y algunos otros derechos de especial importancia para las personas con discapacidad.

¹⁷ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General, del 20 de diciembre de 1971.

¹⁹ *Ibid.*, numeral 1.

²⁰ Declaración de los Derechos de los Impedidos, Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1975.

²¹ *Ibid.*, numeral 3.

Ambas declaraciones, no obstante que tienen un fuerte contenido de proteccionismo y una visión médica, se encuentran dirigidas ya al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El Programa Mundial de Acción para los Impedidos

Durante la década de los años ochentas del siglo XX el modelo de derechos de las personas con discapacidad comienza a legitimarse en la comunidad internacional.

El año 1981 es proclamado el Año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas y busca hacer hincapié en la igualdad de oportunidades, la rehabilitación y la prevención de la discapacidad, siendo su lema “la plena participación y la igualdad”.²²

El año 1982 es de especial importancia para el cambio de perspectiva ya que, en primer lugar, la Asamblea General de la ONU aprueba el Programa Mundial de Acción para los Impedidos²³ (en adelante el Programa Mundial de Acción) y posteriormente, el mismo Órgano de Naciones Unidas proclama el decenio 1983-1992 como el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.

El Programa Mundial de Acción se adopta mediante la Resolución 37/52 de la Asamblea General de la ONU, del 3 de diciembre de 1982 y se divide en tres partes: 1) objetivos, antecedentes y conceptos, 2) situación actual y 3) propuestas para su ejecución.

El Programa Mundial de Acción establece en su primer párrafo que sus objetivos o propósitos consisten en:

promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de “participación plena” de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de “igualdad”. Esto significa oportunidades iguales a las de toda la población, y

²² Organización de las Naciones Unidas, *United Nations Enable*, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=529>, consultado el 15 de enero de 2009.

²³ Organización de las Naciones Unidas, *United...*, *op. cit.*, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=523>, consultado el 22 de enero de 2009.

una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico.²⁴

Como sostienen Quinn y Degener, los objetivos consistentes en la prevención de la incapacidad y la rehabilitación son propios del modelo médico, sin embargo, el objetivo de equiparación de oportunidades implica un cambio hacia entender la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.²⁵

El Programa Mundial de Acción encomienda a un representante del Secretario General de las Naciones Unidas la supervisión de la implementación del mismo, y requiere a los Estados que se hagan supervisiones periódicas a nivel nacional, regional e internacional.

La Asamblea General también estableció, mediante la Resolución 32/133, la creación de un Fondo Voluntario de las Naciones Unidas para los Impedidos en relación con el Año Internacional de los Impedidos (1981), al cual los Estados voluntariamente harían donaciones. Este Fondo cambió de nombre a Fondo de Contribuciones Voluntarias del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992). Los recursos del Fondo serían empleados para financiar medidas tendentes a la aplicación del Programa Mundial de Acción. El Fondo se mantuvo por resolución de la Asamblea General²⁶ como Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad una vez finalizado el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, teniendo como mandato la financiación de medidas para alcanzar el objetivo de “Una Sociedad para Todos” para el año 2010.²⁷ Actualmente, el Fondo sigue existiendo y tiene por objetivo fundamental otorgar financiamiento para desarrollar la capacidad de las Organizaciones No Gubernamentales para participar en la aplicación

²⁴ Programa Mundial de Acción para los Impedidos, párrafo 1.

²⁵ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability...*, *op. cit.*, p. 20.

²⁶ Resolución 45/91.

²⁷ Organización de las Naciones Unidas, *United...*, *op. cit.*, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=8&pid=508>, consultado el 22 de enero de 2009.

de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Posteriormente, se realizaron dos estudios de Naciones Unidas sobre discapacidad. El primero titulado “Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales”, de la entonces Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica-Irene A. Daes; y el segundo estudio, preparado por el entonces Relator de la Subcomisión, Leandro Despouy, titulado “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, conocido como Informe Despouy.

El Informe Despouy señaló que las personas con discapacidad se encontraban en una situación de desventaja frente a otros grupos en situación de vulnerabilidad, tales como los refugiados, las mujeres y los trabajadores migratorios, ya que estos últimos contaban con convenciones específicas, así como mecanismos de supervisión de las violaciones a dichas convenciones. En lo anterior se basó para recomendar que los Órganos de Tratados de Derechos Humanos existentes hasta ese momento se encargaran, cada uno, de la aplicación de su respectiva Convención a las personas con discapacidad; asimismo, recomendó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fuese el encargado de llevar el liderazgo en lo concerniente a la aplicación de los derechos humanos de las personas con discapacidad.²⁸

El 17 de diciembre de 1991, la Asamblea General de la ONU adoptó los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental”.²⁹ Este instrumento fue resultado del trabajo de la entonces llamada Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.

²⁸ En virtud de lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptó la Observación General Número 5, sobre las Personas con Discapacidad, en 1994.

²⁹ Res 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

Las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de diciembre de 1993, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (en adelante las Normas Uniformes o las Normas).³⁰

Las Normas Uniformes eran la principal guía de Naciones Unidas en materia de discapacidad hasta la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las Normas no están contenidas en ningún tratado internacional, por lo que carecen de obligatoriedad jurídica, sin embargo, representan un compromiso moral y político de los Estados en relación con la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Estas Normas adoptan un modelo basado en los derechos humanos, dejando en segundo lugar la rehabilitación y la prevención: “el fundamento político y moral de estas Normas se encuentra en la Carta Internacional de Derechos Humanos”.³¹

Las Normas se dividen en cuatro partes: 1) requisitos para la igualdad de participación, 2) esferas previstas para la igualdad de participación, 3) medidas de ejecución y 4) mecanismo de supervisión.

El objetivo de las Normas consiste en “garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás”.³²

En las Normas se insta a los Estados a remover las barreras que evitan la igualdad de oportunidades, y a que se incluya en este proceso a las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad. La definición de discapacidad enfatiza los factores

³⁰ Resolución 48/96 de la Asamblea General, del 20 del diciembre de 1993.

³¹ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, par. 13.

³² *Ibid.*, par. 15.

que juega el entorno en la discapacidad. Las Normas, asimismo, acentúan la igualdad de derechos y de obligaciones, buscando dejar claro que lo que se pretende no es la creación de nuevos derechos para grupos especiales, sino la igualdad entre las personas.

En su parte II, se refieren a las áreas que requieren una reforma inmediata: a) acceso al entorno físico, la informática y la comunicación, b) educación, c) empleo, d) mantenimiento de los ingresos y seguridad social, e) vida en familia e integridad familiar, f) cultura, g) actividades recreativas y deportivas, y h) religión.

La parte III se refiere a las medidas que los Estados deberán tomar, entre las que se encuentran:

- Reunir y difundir información sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad, así como fomentar la investigación en la materia.
Incluir cuestiones relativas a la discapacidad en medidas legislativas y políticas públicas, a todos los niveles.
- Adoptar medidas legislativas para lograr la plena participación y la igualdad de las personas con discapacidad. Además, señala que en la adopción de tales medidas deberá contarse con la participación de las mismas personas con discapacidad. Se establece que se deberá eliminar toda legislación discriminatoria y se deberán establecer sanciones ante las violaciones. Se habla, asimismo, de la importancia de llevar a cabo medidas positivas a favor de las personas con discapacidad.
- Tener en cuenta a las personas con discapacidad al elaborar programas y políticas financieras, así como apoyar proyectos y medidas relativas a personas con discapacidad.
- Establecer organismos públicos que se encarguen de las cuestiones relacionadas con personas con discapacidad, con participación de las organizaciones de personas con discapacidad.
- Reconocer a las organizaciones de personas con discapacidad como representantes de las personas, y apoyar la creación y fortalecimiento de ese tipo de organismos.
- Capacitar a las autoridades que presten servicios a personas con discapacidad, así como profesionales que se encarguen de cuestiones relativas a discapacidad.

- Evaluar y supervisar permanentemente la prestación de servicios y la ejecución de políticas y programas en la materia.
- Cooperación internacional.

La Normas Uniformes, en su parte IV, establecen un mecanismo de supervisión que promueva su aplicación y preste asistencia a los Estados. Dicho mecanismo lo encomienda a un relator especial. El primer relator fue Bengt Lindqvist, quien estuvo tres periodos en el cargo, desde el año 1994 hasta el 2002. A partir de 2003 y hasta el 30 de junio del 2009, la relatora fue Sheika Hessa Khalifa bin Ahmed al-Thani. El señor Schuaib Chalklen ha desempeñado el cargo desde julio del 2009.

En el año 2002, Gerard Quinn y Theresia Degener elaboraron un estudio sobre discapacidad, auspiciado por las Naciones Unidas, titulado “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”.

En éste se analiza el proceso de adopción del paradigma de derechos humanos en materia de discapacidad, así como la labor de los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de la ONU en la referida materia.

El estudio finaliza con recomendaciones dirigidas a diversos actores: a la sociedad civil, a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y al Sistema de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Por último, el estudio señala lo recomendable de la adopción de una nueva convención internacional temática sobre los derechos de las personas con discapacidad.³³

2. Los tratados de derechos humanos y la discapacidad

Hasta antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad existían siete tratados internacionales fundamentales de derechos humanos en el Sistema Universal de Derechos Humanos:

³³ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability*, *op. cit.*, p. 184.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.
- La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

De estos tratados internacionales, los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Convenio contra la Tortura, son de aplicación universal. Como lo ha sostenido Michael Stein, no obstante que las personas con discapacidad no han sido mencionadas específicamente en la Convención y los Pactos, todos ellos, teóricamente, incluyen a todas las personas dentro de su ámbito de aplicación.³⁴

Así lo sostuvo también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Número 5, de 1994, la cual establece en su párrafo 5o.:

El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto.³⁵

³⁴ Michael A. Stein, "Disability...", *op. cit.*

³⁵ El Comité sólo se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, el mismo argumento puede ser extendido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los otros cuatro Convenios se refieren a grupos en situación de vulnerabilidad: minorías raciales, mujeres, niños y trabajadores migratorios.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 23,³⁶ es la única que menciona a las personas con discapacidad. No obstante que la Convención establece que el niño con discapacidad “deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”, no habla de un trato igual a niños con discapacidad y niños sin discapacidad.³⁷

³⁶Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 23:

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

³⁷Michael A. Stein, “Disability...”, *op. cit.*

Ahora bien, para que las personas con discapacidad sean protegidas por estas cuatro Convenciones es necesario que, además de la discapacidad, cumplan con la característica específica protegida por el Convenio Internacional, ser niño o niña, ser mujer, ser parte de una minoría racial o ser un trabajador migratorio o familiar de éste; así, por ejemplo, una mujer con discapacidad estará protegida por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, no por su discapacidad, sino por el hecho de ser mujer.

Como podemos ver, las personas con discapacidad no son un grupo protegido especialmente por el Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

No obstante lo anterior, y siguiendo las recomendaciones de Leandro Despouy en su reporte sobre derechos humanos y discapacidad,³⁸ algunos comités de supervisión de los Pactos y Convenciones mencionados se han encargado, aunque insuficientemente, de las personas con discapacidad.

Al respecto, podemos mencionar los siguientes trabajos:

- Recomendación General Número 18, Mujeres Discapacitadas, de 1991, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.³⁹
- Observación General Número 5, Las Personas con Discapacidad, de 1994, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴⁰
- Día de Debate General, “Los Niños con Discapacidad”, del 6 de octubre de 1997, Comité de los Derechos del Niño.⁴¹
- Observación General Número 9, Los Derechos de los Niños con Discapacidad, del 27 de febrero de 2007, Comité de los Derechos del Niño.

³⁸ Del que ya se ha tratado en este capítulo.

³⁹ Anterior al Informe Despouy de 1993.

⁴⁰ Documento de las Naciones Unidas E/1995/22.

⁴¹ Documento de las Naciones Unidas CRC/C/66, Anexo V.

Como conclusión, y siguiendo a Quinn y Degener,⁴² podemos señalar que la labor de los Órganos de Vigilancia de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, hasta antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, había sido limitada respecto de la inclusión de las personas con discapacidad como sujetos de protección bajo dichos Tratados. Era aún necesario que los diversos comités trataran en sus labores cotidianas la cuestión de la discapacidad: en sus observaciones generales, en las listas de cuestiones y observaciones finales presentadas a los Estados Partes en el procedimiento de informes periódicos, etcétera. Lo anterior, con el principal objetivo de que los Estados Partes tuviesen claras sus obligaciones respecto de este grupo de personas.⁴³

Siguiendo a Janet Lord, podemos señalar que existían dos razones por las cuales el Sistema Universal de Derechos Humanos no había sido efectivo en materia de discapacidad: En primer lugar, los gobiernos no habían tenido claras sus obligaciones en la materia debido a la falta de un tratado internacional específico que diera una atención especial a la discapacidad y que utilizara un lenguaje con el que se describiera las prácticas más comunes que llevan a violaciones de derechos humanos de las personas con discapacidad. Y, en segundo lugar, el tratamiento marginal, que los comités habían dado al tema de la discapacidad; lo que producía una falta de jurisprudencia sobre la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.⁴⁴

III. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El principal problema al referirnos a las personas con discapacidad es que, como han sostenido Quinn y Degener, el Sistema de Dere-

⁴² Gerard Quinn, y Theresia Degener, "Executive Summary", en *Human Rights and Disability*, *op. cit.*, p. 4.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Janet E. Lord, *A White Paper...*, *op. cit.*

chos Humanos no ha sido aplicado, o ha sido aplicado de manera distinta que a las demás personas.⁴⁵ Lo anterior ha sido producto de que las personas con discapacidad han sido ciudadanos “invisibilizados” en las sociedades a lo largo de la historia. Las sociedades han sido construidas teniendo en cuenta sólo a las personas sin discapacidad, lo que ha producido que las personas con discapacidad sean segregadas de todas las actividades cotidianas. Incluso la invisibilidad se ha llegado a aceptar como algo natural. Las diferencias de la discapacidad han sido percibidas como causa para la exclusión.

Debido a esta relativa invisibilidad las personas con discapacidad han sido marginadas de las actividades cotidianas en la sociedad, incluso de las protecciones legales que las personas sin discapacidad dan por sentadas. La marginación ha provocado que las personas con discapacidad vean vulnerados sus derechos de muy distintas maneras:

- El derecho a la vida ha sido violado a través del aborto por razones de discapacidad; las personas con discapacidad han sido excluidas de las actividades cotidianas debido a la falta de diseños que tomen en cuenta las necesidades de todos: transporte, entorno y medios de comunicación accesibles.
- Los derechos familiares de las personas con discapacidad, tales como el derecho de adopción, se han visto igualmente violados; las personas con discapacidad en la mayoría de las ocasiones no tienen voz en el proceso democrático, lo que produce que las políticas que se creen no tengan la participación de las personas que se verán afectadas por ellas; el derecho al voto les ha sido constantemente violado debido a diversas causas, entre ellas, la falta de accesibilidad de las boletas de votación.
- Los niños con discapacidad han sido excluidos de los sistemas generales de educación, así como de la educación vocacional. Las personas con discapacidad no han tenido un lugar en el

⁴⁵ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability*, *op. cit.*, p. 13.

mercado laboral, se les ha segregado a lugares de trabajo protegido. La manera en que los sistemas de seguridad social han sido planteados ha evitado que las personas puedan optar por entrar al mercado laboral, ante la amenaza de ver perdido el apoyo que se les otorga, en razón de la discapacidad.⁴⁶

- Asimismo, las personas con discapacidad que son también parte de otro grupo en situación de vulnerabilidad, tales como las mujeres o los niños y niñas, frecuentemente son objeto de múltiples niveles de discriminación.⁴⁷
- La exclusión ha llegado más allá de la mera discriminación e incluso se han tomado medidas en contra de las personas con discapacidad, tales como la institucionalización involuntaria y la esterilización.⁴⁸

En general, podemos sostener lo que el entonces Relator de la ONU sobre Discapacidad, Leandro Despouy señaló en su estudio:

frecuentemente viven en condiciones deplorables, debido a la presencia de barreras físicas y sociales que evitan su integración y completa participación en la comunidad. Como resultado, millones de niños y adultos de todo el mundo son segregados y se les niegan virtualmente todos sus derechos y tienen vidas marginales.⁴⁹

El paradigma de derechos humanos tiene, por tanto, el objeto de “dar visibilidad” a las personas con discapacidad en la sociedad, hacer a las sociedades valorar las diferencias que existen entre las personas, y asegurar que las personas con discapacidad disfruten de los derechos que las demás personas dan por sentado, no como un favor o por mera lástima, sino como derechos de los que son titulares.

⁴⁶ Apoyo que en la mayoría de los sistemas de seguridad social es retirado una vez que la persona tiene un empleo.

⁴⁷ Janet E. Lord, *A White Paper...*, *op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Leandro Despouy, Relator Especial, Informe Final, núm. 3, UN. Doc. E/C4/Sub2/1991/31, *cit. en* Janet A. Lord, *A White Paper...*, *op. cit.* (La traducción es mía.)

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROCESO DE CREACIÓN

1. Justificación para la adopción de una nueva Convención de Derechos Humanos

Según Quinn y Degener, el más importante argumento para la adopción de una nueva Convención era el de dar “visibilidad” a las personas con discapacidad ante el Sistema Universal de Derechos Humanos.⁵⁰ Se dará un enfoque sostenido en la población de personas con discapacidad, mediante el establecimiento de mecanismos para la supervisión efectiva, incluyendo los informes periódicos de los Estados Partes y de organizaciones de la sociedad civil, la supervisión de la implementación por un grupo de expertos y la consideración de quejas individuales o colectivas, lo que permitirá un tratamiento consistente a la cuestión de sus derechos. Por lo tanto, una Convención específica es el mejor medio para insertar el tema de la discapacidad en el Sistema.

Incluso dotar de visibilidad a las personas con discapacidad dentro del Sistema de las Naciones Unidas tiene consecuencias en esferas económicas, como señala Janet Lord:

la experiencia pasada ha demostrado que el centrar un tema dentro del Sistema de las Naciones Unidas tiene como consecuencia que se ponga más atención y se canalicen más recursos a iniciativas particulares de derechos humanos. De otra manera los gobiernos e instituciones internacionales han negado proporcionar los apoyos necesarios a dichas iniciativas.⁵¹

Otro importante argumento en favor de una nueva Convención consistió en que en ese instrumento internacional todas, o casi todas, las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad se combinarían en una sola estructura, en un solo instrumento jurídico-

⁵⁰ Gerard Quinn, y Theresia Degener, *Human Rights and Disability*, *op. cit.*, p. 182.

⁵¹ Janet E. Lord, *A White Paper...*, *op. cit.*

co. De esta manera se busca aclarar las obligaciones de los gobiernos respecto de este grupo de personas y, por otro lado, las ONG de personas con discapacidad tienen una serie de estándares en los cuales pueden enfocarse a la hora de exigir a sus respectivos gobiernos.

Entre otros de los argumentos que se esgrimieron en favor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se señaló la importancia de proveer de una referencia global para las políticas y la legislación domésticas en la materia, así los gobiernos nacionales podrán seguir el modelo adoptado en la Convención respecto de los derechos que se deben tratar en la legislación local, el enfoque que se les debe dar y las acciones positivas necesarias.

También se señaló que sería un marco útil para la cooperación internacional y proveería de un estándar de cumplimiento en la materia entre las diversas culturas y niveles de desarrollo económico.

Asimismo, mediante una Convención, el público en general tomaría conciencia de los derechos humanos de las personas con discapacidad y diversos actores, entre ellos abogados, ONG nacionales e internacionales de personas con discapacidad, funcionarios de gobiernos y de organismos intergubernamentales, entre otros, intercambiarían información sobre discapacidad, debatirían y crearían vínculos.⁵²

Las ONG de personas con discapacidad tendrían la oportunidad de informar sobre la naturaleza y los alcances de las violaciones a los derechos humanos de las personas con discapacidad, así como hacer propuestas y estrategias contra tales violaciones.

Se crearían materiales educativos sobre derechos humanos de las personas con discapacidad, y se desarrollarían conocimientos entre los diversos actores sociales.

Además se proveería de estímulos para desarrollos a largo plazo en la materia y se ofrecerían oportunidades de desarrollo para organizaciones de personas con discapacidad.

Otro importante beneficio era el de establecer estructuras mediante las cuales se pudiese reunir información, que hasta ahora continúa siendo escasa e insuficiente; de este modo sería posible

⁵² *Idem.*

conocer la población con discapacidad hacia la cual las leyes y las políticas van dirigidas.

La participación en el procedimiento de negociación de la Convención permitiría a las ONG sobre discapacidad desarrollar habilidades en un número de áreas esenciales para su futuro. Así, las ONG estarían mejor preparadas para supervisar los problemas de derechos humanos, notificar las situaciones de emergencia, proporcionar capacitación y difusión de información acerca de estándares de derechos humanos y sus violaciones, reportar las violaciones a derechos humanos ante mecanismos estatales e internacionales, participar en litigios internacionales y participar en diálogos constructivos con gobiernos y organismos internacionales.⁵³

2. El proceso de negociación y la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La primera propuesta formal en la comunidad internacional para la celebración de una convención temática relativa a los derechos de las personas con discapacidad, fue realizada en 1987 durante la Reunión Global de Expertos para la Revisión de la Implementación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos de 1982. No obstante los proyectos preparados por los gobiernos de Italia y Suecia, la propuesta no tuvo mayores resultados.

Las organizaciones de personas con discapacidad jugaron un papel muy importante para obtener el apoyo de los Estados para la elaboración de una convención; en el mes de marzo de 2000, se llevó a cabo la Reunión Mundial de Organizaciones No Gubernamentales sobre Discapacidad, en Pekín, China, que produjo la “Declaración de Pekín sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo”. En ese documento las organizaciones internacionales sobre discapacidad dieron su autoridad moral a la idea de una convención en la materia.

Asimismo, la Carta para el Tercer Milenio, de la ONG Rehabilitación Internacional exhortó a los Estados a apoyar la idea de crear una convención temática sobre discapacidad.

⁵³ *Idem.*

La Asamblea General, en su Resolución 56/168, del 19 de diciembre de 2001, decidió:

establecer un comité especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas para [examinar] propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación.

Cabe agregar que la propuesta para la preparación de la Convención fue planteada por el Estado mexicano a la Asamblea General, en su quincuagésima sexta sesión.⁵⁴

El Comité Especial creado por la Asamblea General se reunió durante ocho sesiones, entre el 2002 y el 2006, adoptando el 5 de diciembre de 2006 el proyecto de Convención que sería enviado a la Asamblea General para su aprobación.

Es importante señalar que el procedimiento ante el Comité Especial por primera vez en la historia abrió la posibilidad de que las ONG interesadas participaran activamente en los debates.

La primera sesión del Comité Especial se llevó a cabo en agosto de 2002, después de un seminario de expertos, celebrado en la ciudad de México, que aportó un borrador con una serie de pautas sobre los tipos de derechos que el Tratado debía contener.⁵⁵

A su vez, el Comité Especial estableció, en su segunda sesión, un Grupo de Trabajo,⁵⁶ conformado por 27 representantes de Estados (designados por grupos regionales), 12 representantes de Organizaciones No Gubernamentales de personas con discapacidad y un

⁵⁴García Verástegui y Gispert Peláez, "Acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 25.

⁵⁵*Vid.* Organización de las Naciones Unidas, *United...*, *op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoccom.htm>, consultado el 24 de enero de 2009.

⁵⁶Para los trabajos del Grupo de Trabajo *vid.*: Organización de las Naciones Unidas, *Idem*.

representante de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, para trabajar en un borrador a someter a la consideración del Comité Especial. El Grupo de Trabajo se reunió del 5 al 16 de enero de 2004. Las discusiones de ese Grupo de Trabajo fueron dirigidas por el Embajador de Nueva Zelanda, Don MacKay.

El Comité Especial dio primera lectura al borrador del Grupo de Trabajo en su tercera sesión, al cual se propusieron diversas modificaciones.

Durante la cuarta sesión del Comité Especial se revisaron las modificaciones de la primera lectura del borrador presentado por el Grupo de Trabajo y se comenzó una segunda lectura.

Durante la quinta reunión se llevaron a cabo reuniones informales que tuvieron por objeto sintetizar el texto. Las primeras cinco reuniones del Comité Especial fueron presididas por el Embajador de Ecuador, Luis Gallegos.

Durante la sexta reunión del Comité Especial, ahora presidido por el Embajador Don MacKay, se continuó con la segunda lectura del texto. El Presidente del Comité Especial presentó entonces un texto denominado “Texto del Presidente” con las modificaciones propuestas hasta esa fecha.

En la séptima reunión se dio primera lectura al “Texto del Presidente” y se acordó una reunión para el mes de agosto de 2006. Entre mayo y agosto del 2006, entre la séptima y la octava reuniones del Comité, México llevó a cabo discusiones informales sobre la cuestión de supervisión internacional de la Convención.⁵⁷

Por último, en la octava sesión, presidida por el Embajador MacKay, se dio una última lectura, análisis y discusión del texto del borrador de Convención. Dicho texto fue aprobado, sujeto a una revisión técnica por parte de un Comité de representantes estatales, que fue dirigida por la delegación de Liechtenstein.

El texto de la Convención y un Protocolo Facultativo, una vez hechas las modificaciones del Comité Técnico, fueron adoptados por el Comité Especial, por consenso, el 5 de diciembre del 2006.

⁵⁷ Vid. Organización de las Naciones Unidas, *United...*, *op. cit.*, <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=22&pid=153>, consultado el 26 de enero de 2009.

Dichos proyectos fueron enviados a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual, el 13 de diciembre de 2006, sólo después de cuatro años de que hiciera la propuesta de elaboración de una Convención, los adoptó, también por consenso.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativos fueron abiertos a firma de los Estados y Organizaciones Regionales de Integración el 30 de marzo del 2007, de acuerdo con el artículo 42 de la mencionada Convención.

El 3 de abril del 2008 el vigésimo instrumento de ratificación de la Convención fue depositado en la Secretaría General de la ONU, para entrar en vigor, tanto la Convención como el Protocolo, el día 3 de mayo del 2008.

CAPÍTULO 2

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ELEMENTOS GENERALES

Los encargados de realizar el proyecto de Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se encontraron ante diversas posibilidades al preguntarse por el tipo de Convención que buscaban.¹

En primer lugar se cuestionaron sobre si el nuevo instrumento internacional debía ser enfocado desde la perspectiva de derechos humanos o de desarrollo social. Las delegaciones que sostenían que debía ser la de desarrollo social, argumentaban que era necesario para mejorar la situación de las personas con discapacidad en gran parte del mundo, sin embargo, las delegaciones que sostenían que el instrumento debía ser uno de derechos humanos argumentaban que la perspectiva de desarrollo social corría el riesgo de manifestar resabios de modelos asistencialistas anteriores, en vez del enfoque de derechos.² Ya en la Reunión de Expertos celebrada en la ciudad de México se había dejado claro que los derechos humanos debían ser considerados desde una perspectiva integral, que contuvieran implícitamente la perspectiva de desarrollo social.³

Una vez decidido que la Convención adoptaría un enfoque de derechos humanos, se encontraron ante una segunda disyuntiva: si se elaboraría un tratado sustantivo que contuviese derechos igualmente sustantivos, al estilo de la Convención sobre los Derechos del

¹ Gerard Quinn, “The UN Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities”, Conferencia pronunciada en la Conferencia Europea sobre la Integración de Personas con Discapacidad, junio, 2007.

² Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, op. cit.*, p. 259.

³ *Ibid.*

Niño; o si sería una Convención que en unos pocos artículos proscibiera todo tipo de discriminación en contra de personas con discapacidad, la cual se habría enfocado exclusivamente en la necesidad de asegurar la igualdad de tratamiento a las personas con discapacidad y no hubiera incluido la necesidad de proveer de un apoyo material especial para que las personas con discapacidad estuvieran en la posibilidad real de ejercitar sus derechos; una tercera posibilidad, la que finalmente se adoptó, era que se elaborara una Convención Mixta, que prohibiera la discriminación y trajera aparejado un catálogo de derechos reconocidos en otros tratados internacionales, dentro los cuales se encontrarían derechos clásicos, como el derecho a la libertad y derechos más sustantivos, como los derechos a la educación, a la salud y al trabajo.⁴

La Convención no pretende “crear nuevos derechos” sino, por medio de los necesarios ajustes a los derechos ya existentes, busca asegurar que todos los derechos sean igualmente efectivos para las personas con discapacidad que para las personas sin discapacidad.

Como sostienen Janet Lord y Michael Stein: “aunque pareciera que algunos artículos establecen derechos de nueva creación, en realidad fueron incluidos con objeto de dirigir los medios por los cuales otros Derechos de la Convención son ejercitados”.⁵

Así, por ejemplo, podemos señalar que la accesibilidad, recogida en el artículo 9 de la Convención, no es sino el ajuste requerido para que las personas con discapacidad puedan ejercitar el derecho a la libertad.⁶

⁴ Quinn, “The UN Convention...”, *op. cit.*

⁵ Los autores señalan como artículos que “parecieran” crear nuevos derechos los relativos a vida independiente, movilidad personal y habilitación y rehabilitación, los cuales, señalan, son centrales si se busca disfrutar de otros derechos más reconocidos históricamente, tales como el derecho al trabajo. Michael A. Stein, y Janet. E. Lord, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a Vehicle for Social Transformation”, en *Mecanismos Nacionales de Monitoreo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, p. 112.

⁶ Quinn y Degener establecen que no obstante que ésta es una muy amplia definición de libertad, es necesario adoptar esta amplitud respecto de las personas con discapacidad, para lograr hacerla de utilidad. Quinn, y Degener, *Human Rights and Disability...*, *op. cit.*, p. 16.

Acorde con lo anterior, la Convención establece que su propósito es el de: “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.”⁷

Sobre el tipo de Convención, Stein y Lord comentan que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sigue a la Convención sobre los Derechos del Niño de dos maneras:⁸

En primer lugar, la Convención tiene el objetivo central de combinar los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, concretando la idea de que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.⁹

En relación con esto, y siguiendo al profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, podemos señalar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se enmarca dentro de lo que el profesor Ansuátegui denomina proceso de especificación de los derechos humanos,¹⁰ que distingue de los procesos de positivación, generalización e internacionalización de los derechos.¹¹ Según el profesor el proceso de especificación es resultado de la consideración de la importancia que, a efectos de reconocimiento y ejercicio de derechos, tiene el hecho de que el individuo se encuentre

⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 1, párr. 1, (el énfasis es mío).

⁸ Stein, y Lord, *The United Nations Convention...*, *op. cit.*, p. 110.

⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, párr. 5; Doc. de Naciones Unidas A/Conf.157/23, del 12 de julio de 1993.

¹⁰ Francisco Ansuátegui Roig, “La historia de los derechos humanos”.

¹¹ El proceso de positivación se identifica con la inclusión en el mundo del derecho de lo que hasta ese momento había estado situado en el ámbito de la ética. El proceso de generalización supone una ampliación tanto de los titulares como de los derechos mismos, ante la desigual juridificación de los derechos en el proceso de positivación. En el proceso de internacionalización, la juridificación de los derechos trasciende a los Estados y se produce en el seno de organismos internacionales y supranacionales. *Vid.* Ansuátegui Roig, *op. cit.*

en determinadas situaciones y posiciones particulares y no compartidas con los otros. Así, la situación de desventaja que determinados sujetos presentan frente a otros justifica que se lleve a cabo la especificación de los derechos, que asume como imperativo el reposicionamiento de tales individuos, materializándose las exigencias de la igualdad como diferenciación.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puede ser clasificada en cinco partes:¹²

- 1) Parte introductoria (preámbulo y artículos 1 y 2).
- 2) Artículos de aplicación universal (artículos 3 al 9).
- 3) Derechos sustantivos (artículos 10 a 30).
- 4) Mecanismos de implementación y seguimiento (artículos 31 a 40).
- 5) Reglas operativas de la Convención (artículos 41 a 50).

Por su parte, el Protocolo Facultativo de la Convención establece mecanismos de comunicaciones individuales y colectivas, así como un procedimiento de investigación, ambos a cargo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.¹³

I. PARTE INTRODUCTORIA

La primera parte establece el propósito de la Convención, del cual ya se habló en párrafos más arriba. Asimismo, se establecen definiciones de conceptos que serán utilizados a lo largo del instrumento.

Se definen los conceptos “comunicación”, “lenguaje”, “ajustes razonables”, “diseño universal”, “discriminación por motivos de discapacidad” y “personas con discapacidad”. Son de especial importancia las definiciones de “personas con discapacidad” y “discrimi-

¹² Stein, y Lord, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 10.

¹³ *Vid.* Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

nación por motivos de discapacidad”, de las cuales hablaremos brevemente.

1. *Persona con discapacidad*

Durante la negociación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la definición de persona con discapacidad fue uno de los temas más difíciles de adoptar. Hubo delegaciones que argumentaron que introducir en el texto de la Convención una definición de personas con discapacidad sería contraproducente ya que sería excluyente (la delegación de la Unión Europea, entre otras). Otras delegaciones preferían simplemente dejar a los Estados Partes la definición de ese concepto (por ejemplo, Sudáfrica y Costa Rica). Un tercer grupo de delegaciones argumentaban que era necesario incluir una definición debido a la necesidad de establecer cuál era el grupo protegido por la Convención (Australia, por ejemplo).¹⁴

La Convención establece: “[l]as 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”.¹⁵

Esta “definición” debe ser interpretada junto con el inciso e) del Preámbulo de la Convención que señala: “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.¹⁶

¹⁴Para los documentos y discusiones del Comité Especial *vid.* Organización de las Naciones Unidas, *United... op. cit.*, <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=24&pid=1423>, 28 de enero de 2009

¹⁵Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 1, párrafo 2.

¹⁶Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Preámbulo”, inciso e).

De la lectura anterior podemos observar que la Convención adoptó el modelo social de la discapacidad al establecer que es la interacción con las barreras, tanto del entorno como de actitudes, lo que impide la participación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad y no las deficiencias de la persona, en otras palabras, que es la sociedad la que “discapacita” a la persona con deficiencias, a través de las mencionadas barreras.

Asimismo, se toma del modelo social el que la discapacidad sea considerada un concepto dinámico, en evolución, asumiendo con esto que es posible que a lo largo del tiempo y en virtud de diversos factores socio-económicos se den modificaciones en lo que se entiende por discapacidad, sin embargo, la Convención, más que definir quiénes son las personas con discapacidad, indica, de manera meramente enunciativa, quiénes pertenecen a ese grupo de personas, dejando la posibilidad de que los Estados amplíen el grupo de personas protegidas a través de su legislación nacional.¹⁷

2. Discriminación por motivos de discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece:

por discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá 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 igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.¹⁸

La discusión más importante que hubo sobre este concepto en el Comité encargado de preparar la Convención se refirió a si el

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *From Exclusion to Equality, Realizing the rights of persons with disabilities*, p. 13.

¹⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2.

concepto de discriminación por motivos de discapacidad debía o no de incluir el concepto de ajustes razonables, esto es, si la denegación de ajustes razonables sería catalogada como discriminación por motivos de discapacidad.¹⁹

Diversas organizaciones, así como algunas delegaciones (Canadá, entre otras) abogaron porque la denegación de ajustes razonables fuese catalogada como discriminación por motivos de discapacidad, mientras que otras delegaciones (como la de la Unión Europea), no obstante que querían vincular la denegación con el concepto de discriminación, no querían llegar al extremo de considerarlo discriminación.²⁰ Finalmente se estableció que la denegación de ajustes razonables sería considerada discriminación por motivos de discapacidad, como podemos observar en la oración final del párrafo.

El mismo artículo 2 establece la definición del concepto “ajustes razonables”, por el que:

se entenderán 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.²¹

II. ARTÍCULOS DE APLICACIÓN UNIVERSAL

El artículo 3 se refiere a los Principios Generales de la Convención, los cuales servirán para guiar a los Estados Partes en la interpretación y aplicación de todo el texto de la Convención. Estos Princi-

¹⁹ Agustina Palacios, y Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 66.

²⁰ *Idem. Vid.* también: Gerard Quinn, “The UN Human Rights for Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law y Policy Research y Reform”, conferencia pronunciada en Dublín, Irlanda, el 16 de noviembre de 2006.

²¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2.

pios serán también de gran importancia para la labor del Comité en la revisión de los informes de los Estados, así como en las comunicaciones que reciban por supuestas violaciones a los Derechos previstos por la Convención. Los Principios Generales son: el respeto de la dignidad inherente; la autonomía individual, incluidas la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer, y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.²²

El artículo 4 establece las obligaciones generales de los Estados Partes en la Convención.

Dichas obligaciones las clasifica en:

- Asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna.
- Adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles por cada Estado Parte para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de la legislación y políticas para hacer efectiva la Convención.
- Asimismo, se prevé que todo aquello que la legislación interna u otros tratados internacionales establezcan y provea de mayores beneficios de lo que la propia Convención establece no será afectado por la Convención.
- Finalmente, se establece la obligación de aplicar la Convención en todas las partes de los Estados Federales.

²² *Ibid.*, art. 3.

El artículo 5 establece que los Estados Partes deberán asegurar la igualdad de las personas con discapacidad en sus sociedades, prohibiendo todo tipo de discriminación “por motivos de discapacidad”. Para lo anterior, los Estados deberán “reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”,²³ los Estados deberán también prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad garantizando igual protección legal y efectiva contra la discriminación; así como adoptar medidas para asegurar la realización de ajustes razonables.

El artículo 5, por último, reconoce que todo tipo de medidas de “discriminación positiva”, “que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de personas con discapacidad”, no se considerarán discriminatorias.²⁴

Los artículos 6 y 7 se refieren a grupos de personas que, en virtud de su situación, están sujetos a múltiples formas de discriminación: el artículo 6 se refiere a las mujeres y niñas con discapacidad, mientras que el artículo 7 se refiere a niños y niñas con discapacidad.

El artículo 8 establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas “inmediatas, efectivas y pertinentes” para erradicar las causas actitudinales de la discriminación por motivos de discapacidad, mediante la sensibilización de la sociedad para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentando el respeto de sus derechos; luchando contra estereotipos, prejuicios y prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, y promoviendo la toma de conciencia acerca de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Finalmente, el artículo 9 busca la eliminación de las barreras al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, por medio de la herramienta de la accesibilidad.

²³ *Ibid.*, art. 5, párrafo 1.

²⁴ *Ibid.*, art. 5 párr. 4.

III. DERECHOS SUSTANTIVOS

Al ser un documento holístico, los artículos sustantivos de la Convención se refieren a todas las actividades de la vida de las personas con discapacidad clarificando, dentro del contexto de la discapacidad, todos los derechos humanos de los que las personas son titulares.

Los derechos previstos pueden ser clasificados de la siguiente manera:²⁵

- Derechos de igualdad. Dentro de esta clasificación se encuentran los derechos a la igualdad y no discriminación (art. 5); al igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), y la igualdad en el acceso a la justicia (art. 13).
- Derechos de protección. Que incluyen los derechos a 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); la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15); la protección de la integridad personal (art. 17); la protección contra la privacidad (art. 22), y la protección del hogar y de la familia (art. 23).
- Derechos de libertad y autonomía personal. Dentro de los que se encuentran los derechos a la libertad y seguridad de la persona (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 la movilidad personal (art. 20).
- Derechos de participación. Que incluye la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21); la participación en la vida política y pública (art. 29), y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

²⁵Palacios, y Bariffi, *La discapacidad como una cuestión...*, *op. cit.*

- Derechos sociales básicos. Dentro de los que se encuentran los derechos a la educación (art. 24); a la salud (art. 25); a la habilitación y rehabilitación (art. 26); al trabajo y el empleo (art. 28), y a un nivel de vida adecuado y protección social (art. 28).

IV. MECANISMOS DE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO

Previo a abordar los mecanismos de aplicación y seguimiento, la Convención establece dos herramientas necesarias para esos mecanismos.

La primera se encuentra en el artículo 31, que establece: “[l]os Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención”.²⁶

Ante la escasez de información y estadísticas sobre personas con discapacidad, los encargados de elaborar la Convención buscaron un equilibrio entre la necesidad de estimular mejores prácticas en este sentido y la necesidad de asegurar que en el proceso de recopilación y utilización de información no se violaran los derechos humanos de las personas con discapacidad.²⁷

La información obtenida permitirá, como la Convención misma establece, “formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la [...] Convención”,²⁸ así como “identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos”.²⁹

Asimismo, esta herramienta será de utilidad para la labor de seguimiento de la Convención, ya que será utilizada también “para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones”.³⁰

²⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 31, párr. 1.

²⁷ Lord y Stein, “The Committee on the Rights of Persons with Disabilities”, p. 31.

²⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 31, párr. 1.

²⁹ *Ibid.*, art. 31, párr. 2.

³⁰ *Ibid.*, art. 31, inciso 2.

El artículo 32 de la Convención establece la segunda de las herramientas, que consiste en la cooperación internacional. En varias partes de la Convención se hace referencia a ella,³¹ sin embargo, al incluir un artículo específico, la Convención subraya la importancia que representa para su implementación en los Estados Partes.³²

El mismo artículo 32 establece un catálogo de medidas que los Estados Partes deberán adoptar en el marco de la Cooperación Internacional: facilitar y apoyar el fomento de capacidad mediante el intercambio de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas; facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a conocimientos técnicos y científicos, y proporcionar asistencia apropiada, técnica y económica.³³

Los artículos 33 al 39, así como el Protocolo Facultativo de la Convención establecen la creación de diversos mecanismos, nacionales e internacional, de aplicación y seguimiento del instrumento jurídico.

1. Mecanismos nacionales

El artículo 33 se refiere a los mecanismos nacionales que habrán de ser creados o designados para la aplicación y el seguimiento de la Convención.

El primer párrafo establece: “los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención”.³⁴

De manera que la implementación de los derechos de las personas con discapacidad sea abordada desde diversos sectores de los gobiernos (por ejemplo: educación, desarrollo social, salud, etcé-

³¹ Vid. arts. 4.2, 37.2 y 38, así como el primer párrafo del “Preámbulo”.

³² Organización de las Naciones Unidas, *From Exclusion to Equality...*, op. cit., p. 18.

³³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 32, párr.1, incisos a-d.

³⁴ *Ibid.*, art. 33, párr. 1.

tera); el primer párrafo agrega que los Estados Partes “considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación”.³⁵

El segundo párrafo del artículo 33 señala: “[l]os Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención”.³⁶

En virtud de que estos mecanismos estarán encargados de la supervisión de la implementación de la Convención por el Estado Parte, será necesario que gocen de independencia en sus funciones. Por lo anterior, el párrafo agrega: “[c]uando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos”.³⁷

Dichos Principios, conocidos como “Principios de París”,³⁸ establecen los estándares de funcionamiento e independencia que deben cumplir las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Por último, el párrafo tercero del artículo 33 establece que la sociedad civil y, en especial, la sociedad civil organizada de personas con discapacidad, deberán participar plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.

2. *Mecanismo internacional*

El mecanismo internacional para el seguimiento de la implementación de la Convención por los Estados Partes consiste en un

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibid.*, art. 33, párr. 2.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de Derechos Humanos; Resolución 48/134, de diciembre de 1993, de la Asamblea General de la ONU.

comité de expertos, similar a los comités creados por los demás tratados principales de derechos humanos.

El Comité realizará el seguimiento mediante los informes periódicos que los Estados Partes presenten al mismo, así como mediante los informes sombra e información que reciba de ONG y otros actores no estatales en la materia.

Asimismo, el Protocolo Facultativo establece que el Comité, respecto de aquellos Estados que lo hayan ratificado, tendrá las facultades de recibir y considerar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violación sobre cualquiera de los derechos de la Convención,³⁹ así como llevar a cabo investigaciones sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos previstos por la Convención.⁴⁰

Finalmente la Convención, en su artículo 40, se refiere a un último mecanismo de seguimiento: la Conferencia de Estados Partes. Esta Conferencia prevista por la Convención tiene funciones que van más allá de las que se han establecido para las Conferencias de Estados Partes en otras Convenciones de Derechos Humanos, ya que el artículo mencionado establece que: “[l]os Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia de los Estados Partes, a fin de considerar *todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención*”.⁴¹

³⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 1, párr. 1.

⁴⁰ *Ibid.*, arts. 6 y 7.

⁴¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 40 (el énfasis es mío).

CAPÍTULO 3

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. EL PROCESO DE ADOPCIÓN DEL ARTÍCULO 12

El artículo 12 de la Convención, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, establece:

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, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al

grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con 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 artículo transcrito fue el que mayor debate produjo en el proceso de elaboración de la Convención. Parte del modelo social de discapacidad e implica un cambio de paradigma en la forma en que muchos Estados han regulado la capacidad de las personas con discapacidad hasta ahora. El artículo adopta un modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, contrario al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”.¹

En este capítulo haré una síntesis de los debates y las propuestas relativas al artículo 12 que tuvieron lugar en el Comité Especial, de modo que sea posible comprender cuales son las características del cambio que este artículo supone, así como el nuevo modelo que sostiene.

¹ Agustina Palacios, *El modelo social...*, op. cit., p. 420.

Es interesante notar que ya en Roma se distinguía la *auctoritas* de los tutores, lo que se asemeja en gran medida al modelo de asistencia en la toma de decisiones, establecido en la Convención. “*Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae dicioni subiciant.*” (Mas no pueden ser arrogados ni un pupilo ni una mujer que no está bajo la potestad de su padre, pues con las mujeres ninguna relación tienen los comicios, y no es lícito que los tutores tengan sobre los pupilos tanta autoridad y potestad que puedan sujetar al dominio ajeno a una persona libre encomendada a su buena fe): Aulo Gelio, *Noches áticas*, libro 5, sección 19, oración 10, p. 361.

1. El texto presentado por México

En el documento “¿Qué derechos deben estar reconocidos en la Convención?”,² resultante de la reunión de expertos celebrada en la ciudad de México, previa a la primera sesión del Comité Especial, se incluyó entre los derechos el “derecho a una capacidad jurídica de actuar”. Sobre este derecho se señalaban las siguientes recomendaciones:

- Especialmente respecto de la toma de decisiones en todas las materias que conciernen al individuo.
- El derecho a la toma de decisiones asistida.
- En casos excepcionales donde se requiera una representación jurídica ésta deberá estar limitada por claras garantías que protejan los derechos de la persona y ser revisada periódicamente por las autoridades judiciales para verificar la necesidad de la representación y el buen ejercicio de la función valorando los derechos humanos del representado.

No obstante la anterior recomendación de incluir el derecho a una capacidad jurídica de actuar, en el proyecto de Convención presentado por México no se hizo referencia al mencionado derecho.

Posteriormente a la segunda sesión del Comité, se presentó un nuevo proyecto denominado Proyecto del Grupo de Trabajo. Este proyecto recogió, en su artículo 9, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley de la siguiente manera:

Artículo 9

Igual reconocimiento como persona ante la ley.

Los Estados Partes:

- a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas;

² Propuesta de Gerard Quinn, Rodrigo Jiménez, María Soledad Cisternas y Marcia Rioux. *Vid.* “Carta de fecha 11 de julio de 2002, dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas”, Doc. 57/212 de la Asamblea General, del 15 de julio de 2002.

b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás (32), incluso en el ámbito económico;

c) Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia:

i) Ésta sea proporcional al grado de asistencia que necesite la persona de que se trate y se adapte a sus circunstancias,

ii) Las decisiones del caso sean adoptadas de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan (33);

d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos (34);

e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero;

f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de sus bienes de modo arbitrario.³

El Grupo de Trabajo insertó las siguientes notas a pie de página al anterior proyecto de artículo:

32. El objetivo es reconocer que no se acepta en general que los menores tengan plena capacidad jurídica y, por lo tanto, tampoco la tendrán los menores con discapacidad. A los efectos de la capacidad jurídica, las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivo de su discapacidad.

³ *Vid.* “Informe del Tercer Período de Sesiones del Comité Especial Encargado de Preparar una Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, Documento de Naciones Unidas A/AC.265/2004/5.

33. El apartado c) prevé la prestación de asistencia para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica y parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla. El apartado c) ii) está destinado a aplicarse exclusivamente en circunstancias excepcionales, para las cuales hay que establecer las salvaguardas jurídicas oportunas. Tal vez el Comité Especial desee considerar si el apartado es suficientemente claro, así como el método más adecuado para proteger a las personas con discapacidad que no pueden ejercer su capacidad jurídica. Para ello podría hacer falta un nuevo apartado. Algunos miembros del Grupo de Trabajo propusieron que en los casos en que terceras personas ejercitasen la capacidad jurídica en nombre de la persona con discapacidad, sus decisiones no debían interferir con los derechos y libertades de ésta.

34. La primera parte del apartado d) tiene un ámbito de aplicación más general que el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad y tal vez el Comité Especial desee discutir en qué lugar de la Convención debería colocarse tal disposición.⁴

El texto del Grupo de Trabajo reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas y agrega que, en determinados casos, dicha capacidad requerirá de asistencia, que deberá ser proporcional al grado de asistencia que la persona con discapacidad requiera y deberá adaptarse a las circunstancias de la persona sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades.

Como se puede observar, el texto del Grupo de Trabajo adopta la teoría de la asistencia de la capacidad, respetando el principio de autonomía de la persona. No obstante lo anterior, en la nota a pie de página número 33 se habla de que el Comité desee considerar el método más adecuado para proteger a las personas con discapacidad que “no pueden ejercer su capacidad jurídica”, lo que permite observar dudas respecto de la plena capacidad de las personas con discapacidad por parte del Grupo de Trabajo.

⁴ *Idem.*

El proyecto del Grupo de Trabajo se debatió en la tercera sesión del Comité Especial, sin embargo, en un principio, no fue respaldado por muchas delegaciones estatales.⁵

En los debates de la tercera sesión del Comité, la delegación canadiense hizo una nueva propuesta de artículo, que establecía:

1. Los Estados Partes reconocerán que, en materia civil, los adultos con discapacidad tienen una capacidad legal idéntica a la de los demás adultos y les concederán iguales oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, los Estados Partes reconocerán que los adultos con discapacidad tienen iguales derechos para celebrar contratos y administrar bienes, y les brindarán el mismo trato en todas las etapas procesales en juzgados y tribunales.

2. Los Estados Partes se asegurarán de que, en el caso de adultos con discapacidad que necesiten ayuda para ejercer su capacidad legal, incluida asistencia para entender información y expresar decisiones, opciones y preferencias, reciban asistencia proporcional al grado de apoyo necesario y ajustada a las circunstancias particulares de la persona.

3. Sólo una autoridad competente, independiente e imparcial, en virtud de una norma y de un procedimiento establecido por la ley, podrá determinar que un adulto carece de capacidad legal. Los Estados Partes establecerán por ley un procedimiento, con las salvaguardias apropiadas, para designar a un representante personal que ejerza la capacidad legal en nombre del adulto. Dicho nombramiento deberá guiarse por principios acordes con esta Convención y con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y deberá asegurarse de que:

a) El nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad legal del adulto y se ajuste a las circunstancias particulares de la persona;

⁵Incluso algunas delegaciones, como la de India, abogó por un modelo que aceptase de plano el modelo de sustitución en la toma de decisiones. *Vid.* Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary of discussions related to Article 9. Equal Recognition before the Law”, Third session of the Ad Hoc Committee, UN Convention on the Rights of People with Disabilities, *United Nations Enable*.

b) Los representantes personales tengan en cuenta, en la mayor medida posible, las decisiones, opciones y preferencias del adulto.⁶

La propuesta canadiense fue respaldada, en términos generales, por diversas delegaciones (Argentina, Unión Europea, Costa Rica, Nueva Zelanda, Liechtenstein),⁷ sin embargo, fue criticada por diversas organizaciones de personas con discapacidad debido al párrafo tercero, en el cual se establece que una autoridad puede determinar que una persona “carece” de capacidad jurídica, así como que un representante legal puede ejercer la capacidad legal en nombre del adulto.

La organización World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP) señaló que la propuesta canadiense dejaba fuera elementos esenciales del texto del Grupo de Trabajo, específicamente los párrafos 9(b) y 9(c)i que serían necesarios para lograr el reconocimiento de iguales derechos para las personas con discapacidad. Argumentó que si se provee de asistencia, los derechos y libertades de la persona no se interfieren. La tutela es, en efecto, una muerte social y legal y el no ser reconocido como persona ante el derecho es una violación a los derechos humanos y la dignidad de la persona misma. Las personas necesitan asistencia en la toma de decisiones, incluso algunas personas requieren un alto nivel de asistencia, pero eso no significa que una persona pueda ser excluida. Es posible proveer de asistencia sin limitar los derechos de la persona. La autonomía debe ser respetada, la persona que proporcione asistencia debe facilitar la autodeterminación en la toma de decisiones de la persona a la que se asiste. Asimismo, son necesarias protecciones para asegurar que quienes asisten a personas con discapaci-

⁶ *Vid.* “Informe del Tercer Periodo de Sesiones del Comité Especial Encargado de Preparar una Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, Documento de Naciones Unidas A/AC.265/2004/5.

⁷ La delegación mexicana expresó dudas respecto de los diversos sistemas de derechos de los países y señaló que una persona con discapacidad o era considerado que tenía una completa capacidad legal, o se le prohibían determinadas cosas, que no existía una postura media.

dad actúen de acuerdo con los deseos de éstas y no abusen de su posición imponiendo sus propios deseos. Cuando se sustituye la capacidad, se comienza un proceso de discriminación. Incluso cuando esto no es una presunción legal, es una presunción social y los legisladores y jueces retienen esta presunción. Esta organización sugirió al Comité revisar el modelo de asistencia en la toma de decisiones y proveer la asistencia a las personas que lo requieran, sin limitar sus derechos.⁸

Integrantes de la WNUSP sostuvieron que el texto del Grupo de Trabajo contenía los elementos esenciales para la eliminación del modelo de sustitución en la toma de decisiones y la adopción del modelo de asistencia. Establecieron que, además de garantizar la autonomía al dejar la última decisión a la persona, el modelo reconoce que la interdependencia en la toma de decisiones es un hecho de la vida para todos los humanos y se basa en el reconocimiento y la facilitación de las relaciones de confianza entre los individuos. Ninguna prueba de competencia podría ser impuesta bajo este modelo y protecciones procedimentales sólo existen para asegurar que la persona que proporciona la asistencia cumpla con sus obligaciones, incluida la obligación de seguir los deseos de la persona que recibe apoyo.⁹

Igualmente señalaron que estaban preocupados de que el concepto de la asistencia para ejercitar la capacidad jurídica podía transformarse inadvertidamente en un modelo de sustitución en la toma de decisiones si la naturaleza de la libertad para tomar las propias decisiones no era adecuadamente entendida. Por lo tanto, sostuvieron que les gustaría ver explícitamente el reconocimiento de que la asistencia no sería impuesta sobre la persona que no lo deseaba, y que la persona que era asistida retuviera la autoridad en el proceso de asistencia en la toma de decisiones acerca de su propia vida.¹⁰

⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary of...”, *United Nations Enable, op. cit.*

⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Comments, proposals and amendments submitted electronically, Third Session of the Ad Hoc Committee”, en *United... op. cit.* <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata12tscomments.htm>

¹⁰ *Idem.*

La organización Inclusión Internacional apoyó la posición de la WNUSP, acerca de que las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales son más vulnerables respecto del modelo de sustitución en la toma de decisiones. Sostuvo que era necesario encontrar procedimientos legales por medio de los cuales se asistiera en la toma de decisiones a las personas que lo requerían, sin embargo, señalaron que en ciertas ocasiones era necesario, como última opción, que se aplicara el modelo de sustitución en la toma de decisiones.¹¹

El Foro Europeo de la Discapacidad, respecto de este artículo, señaló en una propuesta que envió electrónicamente al Comité, que sostenía la manera en que el Grupo de Trabajo había redactado el artículo. Estableció que el artículo 9 debía enfocarse en la asistencia a personas con discapacidad que lo requirieran para ejercitar su capacidad jurídica y agregó que este artículo debía tener como consecuencia la abolición de todo tipo de tutelas previstas en los derechos nacionales.¹²

La organización Landmine Survivors Network sostuvo que sin el reconocimiento como persona ante el derecho el individuo era degradado a un mero objeto legal, en el que no sería una persona en el sentido legal y, por lo tanto, sería privado de todos los demás derechos, incluyendo el derecho a la vida y otros. Sostuvo, asimismo, que el reconocimiento de la personalidad legal era, por lo tanto, un prerequisite para todos los demás derechos del individuo.¹³

Otra de las organizaciones que respaldaron a la WNUSP fue Disabled People's International, la que sostuvo que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a tomar decisiones con asistencia ha resultado en institucionalización, esterilizaciones forzadas y diversas violaciones de los derechos humanos de personas con discapacidad en todo el mundo y sostuvo que era necesario que el principio de plena capacidad legal fuera reconocido explícita-

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, "Daily summary of...", en *United...*, *op. cit.*

¹² *Vid.* Organización de las Naciones Unidas, "Comments...", en *United...*, *op. cit.*

¹³ *Idem.*

mente en el texto del artículo. Asimismo, señaló que era necesario establecer cuándo y cómo debía proveerse la asistencia.¹⁴

Durante la cuarta sesión del Comité la delegación canadiense presentó la misma propuesta que durante la tercera sesión, con algunas modificaciones derivadas del debate de la sesión anterior. También se basó en los artículos 16, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 15.2, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹⁵

La propuesta de la delegación canadiense eliminó la frase que hacía referencia a que una persona careciera de capacidad, reemplazándola con la frase “incapaz de ejercer su capacidad con asistencia”, sin embargo, justificó que el modelo de sustitución en la toma de decisiones era necesario en algunos casos, debido a que “algunas personas no pueden ejercitar su capacidad y estarían en riesgo de sufrir abusos o abandonos”.¹⁶

La propuesta canadiense fue apoyada por varias delegaciones (Nueva Zelanda; Costa Rica; Holanda, en representación de la Unión Europea, y Trinidad y Tobago, entre otras).

México también apoyó la propuesta canadiense, sin embargo, agregó que el concepto de asistencia en la toma de decisiones debía ser reconocido en el artículo y no el de sustitución en la toma de decisiones.¹⁷

La delegación chilena, ante las dudas que se plantearon en diversas delegaciones respecto de a qué tipo de capacidad se refería el artículo, aclaró la diferencia que existía entre la capacidad de derecho o capacidad de goce y la capacidad de obrar o de ejercicio. Señaló que la capacidad de derecho es inherente al ser humano y

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary of...”, en *United...*, *op. cit.*

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary of discussions related to Article 9. Equal Recognition before the Law”, Fourth Session of the Ad Hoc Committee, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, en *United...*, *op. cit.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

no se puede restringir; a diferencia de ésta, la capacidad de ejercicio es la capacidad de desenvolverse en la vida jurídica, administrar bienes, celebrar actos y contratos. La delegación chilena señaló que la capacidad de ejercicio, en ciertas ocasiones, era susceptible de ser restringida como medida de protección para la persona.¹⁸

El debate entre las diversas delegaciones de Estados y Organizaciones No Gubernamentales de personas con discapacidad, respecto del artículo 9 de la Convención giraba, en este punto de las negociaciones, en torno a la capacidad de ejercicio, al no ser susceptible de restricciones la capacidad de goce.¹⁹

La delegación india señaló acertadamente que en este artículo se enfrentaban la demanda de las personas con discapacidad de poder ejercer su capacidad de forma plena y la demanda contraria de ciertos grupos que, en virtud de proteger a las personas con discapacidad, reclamaban el modelo de sustitución en la toma de decisiones. La delegación india señaló que esta dicotomía, planteada en muchos de los derechos internos, era consecuencia de que el régimen de incapacitación es más antiguo que el movimiento de personas con discapacidad. Además, señaló que mientras que las delegaciones aceptaban el principio de la completa capacidad legal, eran temerosas de que las circunstancias que permitirían tal ejercicio no existían aún: “no somos contrarios a confiar en el derecho como un instrumento de cambio social, sin embargo, para que nosotros hagamos eso, es necesario que esta sección sea adoptada de manera más programática, de modo que aunque las imposibilidades actuales sean reconocidas, el desarrollo futuro no sea obstaculizado”.²⁰

La organización Landmine Survivors Network presentó una propuesta de artículo 9, basándose en el texto del Grupo de Trabajo. Argumentó que el artículo 9 abordaba el reconocimiento de la personalidad jurídica, que es el prerrequisito para el ejercicio de

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, “Comments...”, en *United... op. cit.*

¹⁹ Palacios, *El modelo social... op. cit.*, p. 426.

²⁰ Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary...”, Fourth Session..., en *United... op. cit.*

todos los demás derechos. Señaló la importancia del artículo para las personas con discapacidad, a quienes en muchas partes del mundo se les niega el reconocimiento de su capacidad jurídica, forzándoles a renunciar a su autonomía por medio del modelo de sustitución. Las personas con discapacidad no tienen disminuida la capacidad, sino que en determinadas ocasiones requieren de asistencia para ejercitar dicha capacidad, la cual debe ser diseñada a la medida de las necesidades de la persona, y de modo que implique la menor restricción a la autonomía y al ejercicio de los derechos.

La organización People with Disabilities Australia, apoyó también el texto del Grupo de Trabajo, sugiriendo algunas modificaciones. No obstante que estuvo de acuerdo con Landmine Survivors Network en que en muchas partes del mundo la tutela había resultado en la negación de la personalidad jurídica y social de las personas con discapacidad, señaló que la ausencia de un sistema de toma de decisiones también había generado explotación, abuso y abandono de personas con discapacidad, por lo tanto consideró que, en determinados casos, el sistema de sustitución en la toma de decisiones era necesario para proteger los derechos de algunas personas con discapacidad. Esta organización propuso que se debía adoptar como regla el sistema de asistencia en la toma de decisiones, admitiendo, en casos excepcionales, el sistema de sustitución.

Como señala Agustina Palacios, el debate en ese momento se dividió en dos: por un lado se debatía la adopción del modelo de capacidad jurídica que sería adoptado en la Convención y, por el otro, se debatía el significado del término capacidad jurídica, ya que algunas delegaciones consideraban que al establecerse el principio de igualdad jurídica sólo se hacía alusión a la capacidad de derecho o goce, mientras que otras delegaciones (y las organizaciones de personas con discapacidad) establecían que se hacía referencia a los dos tipos de capacidad.²¹

²¹ Palacios, *El modelo social...*, *op. cit.*, p. 428.

2. Adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones

Respecto del modelo que se debía adoptar en la Convención, las organizaciones de personas con discapacidad sostuvieron desde un principio que, de acuerdo con el espíritu de la Convención que se buscaba, y con el modelo social de discapacidad, el modelo que debía ser adoptado era el de asistencia en la toma de decisiones, superando el modelo de sustitución en la toma de decisiones, sin embargo, las delegaciones de los Estados tenían dudas respecto del modelo de asistencia, por lo que las organizaciones, por medio de diversos textos y de sus intervenciones en los debates, describieron los dos modelos, argumentando los beneficios del modelo de asistencia frente al modelo de sustitución.

Señalaron que la institución de la capacidad legal o jurídica ha sido construida desde un estándar normativo en el cual se han privilegiado las capacidades cognitivas, sin embargo, esto es cuestionable, ya que no todas las personas utilizan las habilidades cognitivas para tomar sus decisiones, así que puede haber personas sin discapacidad que empleen intuiciones o emociones para tomar decisiones, y no por ello se les considera personas con discapacidad. El derecho, al otorgar primacía a este tipo de capacidades o habilidades, crea etiquetas “incapacitantes” en la sociedad. De lo anterior que, según las organizaciones de personas con discapacidad, se requiriera de un cambio de paradigma por medio de la Convención, para eliminar esta presunción y reconocer las diferencias entre las personas.²²

Señalaron que la capacidad, históricamente, ha sido un atributo o una presunción que la ley ha conferido o negado a diferentes grupos de la población. Esto lo ejemplificaron mediante los casos de los niños y las mujeres, grupos a los cuales se les había negado la

²² Vid. Amita Dhanda, “Advocacy Note on Legal Capacity. Explanatory Note on Legal Capacity, and Equal Recognition As a Persona Before the Law”, en Organización de las Naciones Unidas, *United... , op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9plenary.htm>

capacidad en el pasado. Señalaron que el camino que estos grupos han atravesado, es el camino que actualmente atraviesan las personas con discapacidad.

En este sentido, señalaron que la presunción de incapacidad que la sociedad ha hecho en relación con algunas o todas las personas con discapacidad es falsa y que las personas con discapacidad tienen el derecho de vivir la vida como cualquier otra persona, de acuerdo con su propia voluntad.

Se señaló que la asistencia ayuda a la persona a ejercitar su capacidad, mientras que la sustitución la niega por completo. Mediante la asistencia una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, sin renunciar al derecho a tomar las propias decisiones y, por lo tanto, sin ver vulnerada la libertad de elección de la persona. Agregaron que las necesidades de las personas pueden ser satisfechas mediante este proceso, que además acepta que en ocasiones terceras personas puedan tomar decisiones, como cuando la persona está inconsciente.

La asistencia en la toma de decisiones puede ser de varios grados y periodos de tiempo, dependiendo de las necesidades de la persona; al contrario, mediante la sustitución se tiene una capacidad completa o se carece absolutamente de capacidad. Asimismo, se estableció que al incapacitar a las personas con discapacidad, la persona, en gran parte de los países, pierde el derecho a decidir todo lo relativo a su propia vida.

Se señaló que el modelo de asistencia apoya y defiende los deseos de la persona, así como su punto de vista; que fomenta e incentiva a la persona para la participación y la asunción de responsabilidades, respetando que la persona sea quien tenga la última palabra en sus decisiones. Mientras tanto, el sistema de sustitución se opone a los deseos de la persona, fomenta la falta de responsabilidad y suprime las habilidades de la persona, censurando su voz y afectando de manera significativa su vida.

También se argumentó que, no obstante que mediante el sistema de sustitución en la toma de decisiones se busca proteger de abusos a las personas con discapacidad, dicho modelo es precisamente un medio por el cual se llevan a cabo muchos abusos; por ejemplo, fa-

ilitando la institucionalización en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

Las organizaciones de personas con discapacidad exhortaron a las delegaciones a que tuvieran en cuenta el espíritu de la Convención, así como el modelo que había sido adoptado por dicho instrumento jurídico, esto es, el modelo social de discapacidad, que sostiene el modelo de asistencia en la toma de decisiones.

Asimismo, se incitó a tomar también en cuenta los principios que ya habían sido consensuados por los Estados respecto de la Convención, en especial el principio de autonomía, que incluye la libertad de tomar las decisiones propias.

La International Disability Caucus, asimismo, respondió ante diversos cuestionamientos de las delegaciones de los Estados de la siguiente manera:

Ante el argumento de que algunas personas no tienen la inteligencia de ejercitar su capacidad señalaron que la capacidad legal no se trata de la inteligencia de las decisiones, sino de la libertad de tomar las propias decisiones. Cuando a cualquier persona le es negada la libertad de tomar sus propias decisiones y cometer sus propios errores se le está prohibiendo desarrollarse de acuerdo con su propia voluntad, lo que equivale a discriminarla. Señalaron que una Convención que busca regresar a las personas con discapacidad su completa personalidad debe, necesariamente, interrogarse sobre todos los estereotipos, ya que si ella misma se enfrascase en estereotipos no sólo estaría reforzándolos, sino que los estaría legitimando.

Ante el argumento de que no hay aún métodos disponibles de asistencia para suplir el modelo de sustitución por el de asistencia en la toma de decisiones, señalaron que no hay que confundir la adopción de una norma con la implementación de la misma. Señalaron que los obstáculos actuales para la implementación no deben ser la base para la adopción de normas en una Convención que será la base de todo el discurso futuro sobre los derechos de las personas con discapacidad. Aceptaron un enfoque pragmático respecto de la implementación de la norma, sin embargo, señalaron que era cuestionable su adopción, ya que tendría como consecuencia que las limitaciones actuales impidieran los desarrollos del futuro.

Respecto de otro argumento, consistente en que el modelo de asistencia sería la regla general y el modelo de sustitución exclusivamente sería empleado con un pequeño porcentaje de personas con discapacidades severas y sería designado en virtud de decisiones de órganos judiciales, después de un procedimiento equitativo, señalaron lo siguiente:

La primera consecuencia de aceptar dicho argumento sería que la regla del modelo de sustitución sería incorporada a la Convención. Ahora la regla, sería incorporarlo sólo para un muy reducido número de personas con discapacidades psicosociales. Deviene entonces la pregunta respecto del procedimiento mediante el cual dicho pequeño porcentaje de personas será identificado. Evidentemente eso se hará caso por caso. Dicho procedimiento de identificación abrirá dudas sobre la capacidad de todas las personas con discapacidad psicosocial. Ello daría origen a una situación en la que las cuestionables ventajas de un pequeño número de personas darían lugar a una situación de desventaja para todas las personas con discapacidades psicosociales. Lo controvertido respecto de las supuestas ventajas deriva de que al realizarse estudios sobre el funcionamiento de la tutela, se ha sabido que los abusos no son prevenidos sino facilitados en dicha situación. Este sistema genera que el representante tome todas las decisiones en nombre y sin la consulta de la persona. Dicha exclusión origina la muerte civil de las personas sujetas a tutela.²³

Por las anteriores razones, afirmaron que el modelo de asistencia en la toma de decisiones era el modelo o paradigma que debía de ser adoptado en la Convención, al proporcionar la posibilidad de que las personas con discapacidad se encuentren en el centro de todas las decisiones que les conciernen.

La misma sociedad civil de personas con discapacidad reconoció que el sistema de asistencia en la toma de decisiones aún tiene obs-

²³ Amita Dhanda, "Advocacy Note on Legal Capacity. Comments, proposals and amendment submitted electronically, Fifth Session, International Disability Caucus", en Organización de las Naciones Unidas, *United... op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata12fiscomment.htm>

táculos y requiere del diseño de medidas legales para prevenir abusos en contra de las personas con discapacidad, sin embargo, señalaron que este diseño correspondía individualmente a los Estados Partes, en consonancia con sus realidades. La Convención debería recoger el principio de que los procedimientos son necesarios, pero sus detalles deberían ser establecidos por cada Estado Parte.

3. Significado del término capacidad jurídica

El segundo de los debates que surgieron del artículo 12, se refirió al significado del concepto capacidad jurídica.

La delegación china, durante la quinta sesión del Comité Especial, expresó dudas acerca del significado del concepto “capacidad jurídica”, y señaló que en los diversos sistemas legales la expresión podía tener diversas acepciones. Señaló que si era necesario utilizar ese término se hiciera referencia a la capacidad de hecho exclusivamente y no a la capacidad de ejercicio.²⁴

El Presidente del Comité señaló que en su informe colocaría entre paréntesis la expresión “capacidad jurídica” con una nota en la que se especificara que en China capacidad jurídica hacía referencia a la capacidad para ejercer derechos y no la capacidad de ejercicio. Lo anterior fue solicitado también por Rusia y Yemen. Asimismo, el Presidente solicitó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, un estudio sobre el término capacidad jurídica.

Las diversas delegaciones de los Estados presentaron dudas respecto del término que se comenta.

El Presidente del Comité, durante la quinta sesión, resumió los debates relativos al artículo que se comenta señalando que en los párrafos pertinentes en el documento del Grupo de Trabajo y en la propuesta canadiense se distingue entre tener capacidad jurídica y ejercer la capacidad jurídica. Señaló que todas las personas tienen capacidad jurídica, sin embargo, hay circunstancias en las que las

²⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Daily summary of discussions at the fifth session of the Ad Hoc Committee”, en *United... op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata12fscomments.htm>

personas tienen dificultad para ejercer esa capacidad jurídica; para esas situaciones, los párrafos correspondientes de ambos textos indican que la persona deberá recibir asistencia para ejercer su capacidad jurídica. El documento del Grupo de Trabajo dispone la toma de decisión con asistencia y, quizá por extensión, abre la posibilidad de tomar decisiones por otra persona. Por su parte, la propuesta canadiense explícitamente trata de la situación en la que las decisiones deben ser tomadas por otra persona y emplea un procedimiento claro. Respecto de la capacidad jurídica ninguno de los dos textos excluye a algún tipo específico de personas con discapacidad, sin embargo, ambos textos reconocen que puede haber diferencia en la habilidad en que las personas con discapacidad ejercen esa capacidad jurídica. El Presidente del Comité solicitó a los delegados que examinaran la distinción comentada, ya que el hecho de negar la capacidad jurídica a ciertas personas con discapacidad, sería un cambio significativo en los debates sostenidos.²⁵

No se llegó a un acuerdo en la quinta sesión y se pospuso el debate para la siguiente sesión del Comité.

Posteriormente la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó un estudio relativo a la forma en la que los conceptos “reconocimiento como persona ante la ley” y “capacidad jurídica” son utilizados en los instrumentos de derechos humanos y en algunos sistemas jurídicos nacionales (Francia, España e Inglaterra) para aclarar las dudas que existían entre las delegaciones respecto de estos términos.

El estudio concluyó que los dos términos eran distintos:

El reconocimiento como persona ante la ley implica que el individuo tiene el derecho a tener su estado y capacidad reconocidos por el ordenamiento legal. El concepto capacidad jurídica es un concepto más amplio que presupone la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones e implica también la capacidad de ejercitar esos derechos y contraer obligaciones por sí mismo.²⁶

²⁵ Palacios, *El modelo social...*, *op. cit.*, p. 440.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Legal Capacity”, en *United...*, *op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>

El estudio de la Oficina del Alto Comisionado se divide en dos partes, que a su vez se encuentran subdivididas. La primera parte se refiere al derecho internacional y la segunda al derecho comparado. En la parte relativa al derecho internacional analiza el derecho al reconocimiento de la persona ante el derecho y el concepto de capacidad jurídica respecto del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (antecedentes en los que se basó el artículo 9 del proyecto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). En la segunda sección, relativa al derecho comparado, se analizaron los derechos de Francia, España y jurisdicciones de Common Law.

El informe establece que tanto en el derecho internacional, como en los derechos nacionales que fueron analizados, el significado del concepto “capacidad jurídica” incluye dentro de su definición la capacidad de obrar, sin embargo, señaló que eso no obsta para que la capacidad de obrar no pueda ser restringida en los derechos nacionales, cuando el individuo es o se vuelve incapaz de actuar independientemente para proteger sus propios intereses.²⁷

4. Desde el texto del Presidente hasta la adopción del artículo 12 de la Convención

El Presidente del Comité Especial presentó, antes de la séptima sesión del Comité una propuesta de borrador de Convención.²⁸ El texto del Presidente proponía lo siguiente para el artículo relativo al igual reconocimiento como persona ante la Ley, ahora artículo 12:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas en todas partes como personas ante la ley.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Carta del 7 de octubre del 2005, del Presidente a los miembros del Comité. Documento de Naciones Unidas A/AC.265/2006/1. *Vid.* <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm>

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [capacidad jurídica] en pie de igualdad con los demás en todos los ámbitos y se asegurarán de que, en la medida de lo posible, cuando sea necesario prestar apoyo para el ejercicio de [esa capacidad] [la capacidad de actuar]:

a) La asistencia prestada sea proporcional al grado de apoyo necesario y se adapte a las circunstancias de la persona, que no afecte a los derechos jurídicos de ésta, respete su voluntad y sus preferencias y se preste sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Cuando proceda, dicho apoyo se someterá a examen periódico e independiente;

[b) Cuando los Estados Partes determinen un procedimiento a seguir, que se establecerá por ley para la designación de un representante personal como último recurso, dicha ley recoja las salvaguardias apropiadas, incluido el examen periódico de la designación del representante personal y de las decisiones adoptadas por éste a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. La designación y la conducta del representante personal se guiarán por principios que se ajusten a la presente Convención y al derecho internacional sobre derechos humanos.]

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean adecuadas y eficaces a fin de garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y se asegurarán de que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.²⁹

Como se puede observar en el texto transcrito, la propuesta presentada por el Presidente, que busca suprimir el inciso b) del numeral 2, referente al representante legal, adopta el modelo de asistencia en la toma de decisiones.

Al respecto, en la carta en la que se contenía el texto preparado por el Presidente, éste señaló acerca de este artículo:

²⁹ El Presidente proponía suprimir los textos que están entre corchetes del texto definitivo.

Pediría a todas las delegaciones que asistan al próximo periodo de sesiones dispuestos a resolver esta cuestión. Es necesario tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos, pero espero que las delegaciones sean lo más flexibles posible, teniendo en cuenta que la asignación de un tutor o de otra persona que tome las decisiones por las personas con discapacidad ha dado lugar a muchas injusticias en el pasado.³⁰

En la séptima sesión del Comité se debatió la anterior propuesta. Varias delegaciones cambiaron su postura y apoyaron el modelo de asistencia en la toma de decisiones, no obstante que aun había delegaciones que establecían que era necesaria la sustitución en determinados casos (entre otras: India y Kenia).

La Unión Europea, junto con Canadá, Noruega, Australia, Costa Rica, Estados Unidos y Liechtenstein, elaboraron un borrador de artículo que se acercaba al modelo de asistencia. El texto decía:

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 legislativas y de otra índole, 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 legislativas y de otra índole 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

³⁰ Carta del 7 de octubre del 2005, del Presidente a los miembros del Comité, p. 53. Documento de Naciones Unidas A/AC.265/2006/1. *Vid.* <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm>

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 e imparciales por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que esas 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, heredar o disponer 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.³¹

Las organizaciones de personas con discapacidad apoyaron, en su gran mayoría, esta propuesta, no obstante que hicieron dos comentarios.

En primer lugar, respecto de la referencia que se hacía al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en el párrafo 4, para impedir los abusos, señalaron que no era apropiada debido a que el DIDH no preveía ningún modelo de asistencia en la toma de decisiones, hasta el momento. En segundo lugar, señalaron que el párrafo 4 era incongruente debido a que no se debía hablar de “el plazo más corto posible” para la aplicación de las salvaguardias, debido a que éstas debían extenderse en el tiempo, de la misma forma que se extienden otras medidas de asistencia, que la aplicación del plazo más corto posible era apropiada para el modelo de sustitución de la voluntad, en el que se restringían o anulaban los derechos de la persona.

³¹ Organización de las Naciones Unidas, “Comments, proposals and amendments submitted electronically, Seventh Session of the Ad Hoc Committee”, en *United... op. cit.*, <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata12sevscomment.htm> (La traducción es mía.)

Se dejó sin resolver el artículo y se volvió a debatir en la octava y última sesión del Comité. En el transcurso de los debates las delegaciones se inclinaron por la propuesta transcrita anteriormente. No obstante lo anterior, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con todas las delegaciones (en específico, China, Rusia y algunos países árabes que estaban en desacuerdo sobre el significado del término “capacidad jurídica”), el Comité llegó a la conclusión de que se incorporaría una nota a pie de página restringiendo el significado del término “capacidad jurídica” en los idiomas de las delegaciones que se declaraban en contra.

La nota a pie de página establecía: “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”.

Finalmente, antes de la aprobación de la Convención por la Asamblea General, gracias a las gestiones del Presidente del Comité y las organizaciones de personas con discapacidad, se logró el consenso para eliminar la nota a pie de página antes referida. El texto final, por tanto, adopta el modelo de asistencia en la toma de decisiones, comprendiendo dentro del concepto “capacidad jurídica” tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio.³²

II. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN

El artículo 12 es central para lograr el respeto y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, ya que es un prerequisite para el ejercicio de los demás derechos reconocidos por la Convención.³³

Como ha sido expuesto por la International Disability Caucus, el sistema de sustitución en la toma de decisiones, en específico, las instituciones de la interdicción y la tutela, han representado para

³²Palacios, *El modelo social...*, *op. cit.*, p. 418.

³³Tina Minkowitz, “Legal Capacity. Fundamental to the Rights of Persons with Disabilities”, en *International Rehabilitation Review*, Special Edition. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, vol. 56, diciembre 2007, núm. 1, pp. 25-26.

las personas con discapacidad la “muerte civil”, al significar la negación absoluta de la persona como actor de su propia vida. No obstante que este sistema ha buscado prevenir y evitar los abusos cometidos en contra de las personas con discapacidad, ha sido uno de los medios por los que esos abusos se han provocado, por ejemplo, a través de la institucionalización de las personas con discapacidad en contra de su voluntad.³⁴

Por medio del artículo 12 de la Convención el sistema de la interdicción y la tutela ha sido superado. Los Estados deben reconocer la capacidad legal de las personas con discapacidad (dentro de la cual se comprende la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio) en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida. Lo que establece el derecho y la obligación de las personas con discapacidad de tomar sus propias decisiones.³⁵

El primer párrafo del artículo 12 establece que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. El ser reconocido como persona ante el ordenamiento legal implica la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y, por lo tanto, es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos previstos por dicho ordenamiento. El primer párrafo del artículo 12 reafirma el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El párrafo segundo del artículo 12 señala que 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. Como se puede apreciar en la primera parte de este capítulo, este párrafo fue uno de los textos más difíciles de adoptar por el Comité Especial, debido a la falta de consenso respecto del significado del concepto “capacidad jurídica” entre las

³⁴ *Vid.* Intervenciones del International Disability Caucus en la primera parte de este capítulo.

³⁵ Tina Minkowitz, “Legal Capacity...”, *op. cit.*

delegaciones, así como por las dudas que generó el modelo de asistencia en la toma de decisiones, propuesto principalmente por la sociedad civil de personas con discapacidad.

Finalmente, y después de varias sesiones de debates, un exhaustivo estudio del ACNUDH sobre la utilización del concepto “capacidad jurídica” en el derecho internacional y en el derecho comparado, y la importantísima participación de las organizaciones de personas con discapacidad, que sostuvieron la necesidad de superar el modelo de sustitución en la toma de decisiones, adoptando el modelo de asistencia, la Convención adoptó el actual párrafo segundo que implica una revolución en materia de discapacidad, al ser una norma jurídica nueva en el derecho internacional que no cuenta con ningún precedente en instrumentos jurídicos sobre discapacidad anteriores a la Convención.³⁶

El párrafo segundo del artículo 12 hace referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. En virtud de este párrafo se reconoce la capacidad (y no como hasta ahora la incapacidad) como la regla general respecto de las personas con discapacidad.³⁷ Asimismo, en virtud de este párrafo, como en los siguientes párrafos sostendré, los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio en igual de condiciones con las demás personas. Como ya he mencionado, este concepto generó diversas dudas en las delegaciones estatales durante las negociaciones del texto de la Convención, principalmente debido a que el reconocer la capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad significaba una diferencia radical al modelo que los derechos nacionales de muchos Estados adoptan, es decir el modelo médico-asistencialista, en el cual la respuesta a la discapacidad es la sustracción de la facultad de tomar decisiones de la persona con discapacidad y la asignación de esa facultad a una tercera persona.³⁸

³⁶ A. Palacios, conferencia presentada ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008.

³⁷ Gerard Quinn, “Human Rights and Intellectual Disability”, conferencia pronunciada en Santiago de Chile el 5 de septiembre del 2007.

³⁸ *Idem*.

Ahora bien, para sostener que el concepto “capacidad jurídica”, reconocido en el párrafo segundo del artículo 12, incluye la capacidad de ejercicio, la doctrina ha señalado diversos argumentos:

a. La doctrina se ha referido a la interpretación que se ha dado al concepto “capacidad jurídica” en el derecho internacional y en el derecho comparado, en el cual el concepto referido incluye la capacidad de ejercicio.³⁹

Al respecto, nos podemos remitir al estudio que fue preparado por el ACNUDH y presentado al Comité Especial en su sexta sesión.⁴⁰ En ese estudio, como he señalado en la primera parte de este capítulo, se analizan la manera en que los términos “reconocimiento en todas partes como persona ante la ley” y “capacidad jurídica” habían sido utilizados en los tratados de derechos humanos existentes hasta ese momento, así como en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, con objeto de señalar la relación entre los dos términos, así como la relación entre los términos “personalidad jurídica”, “capacidad jurídica” y “capacidad de actuar”.

En el estudio del Alto Comisionado se establece que tanto del análisis del artículo 15.2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴¹ (el cual tiene el mismo objeto que el párrafo 2 del artículo 12 que comentamos, es decir, dotar de autonomía legal a un grupo en específico), como del análisis del derecho comparado, se deduce que el derecho al reconocimiento de la “personalidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por

³⁹A. Palacios, conferencia presentada ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008.

⁴⁰Organización de las Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Legal Capacity”, *op. cit.*

⁴¹Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 15:

2. 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.

tanto, es un requisito previo para todos los otros derechos. Asimismo, señala que el concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio, que presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer sus derechos, o asumir sus obligaciones a través de las propias decisiones (elemento dinámico). Por lo tanto, concluye el estudio, *la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”*, entendida como la capacidad y la facultad de una persona, en virtud del derecho, de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas.⁴²

b. Otro argumento que se ha señalado para sostener que dentro del concepto “capacidad jurídica” del párrafo segundo se incluye el concepto de capacidad de ejercicio, consiste en la interpretación de dicho párrafo segundo junto con los demás párrafos del artículo 12.⁴³

Por medio del párrafo primero se reconoce la titularidad de los derechos, es decir, la capacidad de goce; el párrafo segundo reconoce la capacidad de ejercicio; el párrafo tercero obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en dicho ejercicio de su capacidad; el párrafo cuarto se refiere a la necesidad de protección en contra de abusos por parte de la persona que presta su asistencia en el ejercicio de la capacidad, y el párrafo quinto expresamente se refiere a que se debe reconocer a las personas con discapacidad el derecho a heredar, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso, en igualdad de condiciones con las demás, a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

⁴²Organización de las Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Legal Capacity”, *op. cit.*

⁴³International Disability Alliance, “Opinión legal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” *Vid.* <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>

Lo anterior se comprueba al referirnos a la interpretación sistemática del artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁴⁴ en el cual se ha interpretado que el primer párrafo se refiere al principio general de igualdad y los párrafos subsiguientes se refieren a la aplicación en específico del anterior principio en los campos en los que las mujeres han sido mayormente discriminadas: la celebración de contratos y la administración de la propiedad (párrafos 2 y 3); el acceso a la justicia (párrafo 2), y la libertad de movimiento, incluyendo la libertad para decidir donde establecer su residencia y domicilio (párrafo 4).⁴⁵

c. Un tercer argumento que se ha sostenido consiste en la nota a pie de página que China, Rusia y algunos países árabes buscaron insertar en el texto final del proyecto de Convención del Comité Especial. El pie de página puntualizaba: “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos”, no a la “capacidad de obrar”.”

El hecho de que estos países hayan solicitado la inserción de esa aclaración al proyecto final que sería presentado a la Asamblea

⁴⁴ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 15:

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. 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.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Legal Capacity”, *op. cit.*

General,⁴⁶ nos permite observar que el significado que se dio al concepto “capacidad jurídica” en el artículo 12 de la Convención fue un significado amplio, en el cual se contenía tanto la capacidad de goce, como la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad.

Los anteriores argumentos sostienen que el concepto “capacidad jurídica” previsto en el párrafo segundo del artículo 12 de la Convención, incluye dentro de su significado la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. En consecuencia, los Estados Partes se obligan por este párrafo a reconocer la capacidad de goce y de ejercicio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida.

El párrafo tercero establece que 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. Lo anterior está en franco contraste con los modelos sostenidos por la mayoría de las legislaciones en Latinoamérica y en muchos otros Estados, ya que implica el cambio señalado anteriormente de un modelo de sustitución en la toma de decisiones, que se concretiza en los sistemas de tutela y custodia de personas con discapacidad, y supone la adopción de un sistema de asistencia o apoyo en la toma de decisiones, en el cual la capacidad jurídica no es removida de la persona con discapacidad, sino sólo asistida, en proporción a las necesidades de cada persona.

Este tercer párrafo se encuentra en íntima relación con el párrafo segundo del mismo artículo 12. Mediante el párrafo segundo, como ya explicamos, se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás; ahora bien, dentro del concepto “capacidad jurídica”, como se sostiene con diversos argumentos, se incluye tanto la capacidad de goce, como la capacidad de ejercicio, sin embargo, para ejercitar esta última, en ciertas ocasiones es necesario que las personas con discapacidad

⁴⁶Nota que, como hemos dicho en la primera parte de este capítulo, fue eliminada gracias a las intervenciones del Presidente del Comité Especial y de la sociedad civil de personas con discapacidad.

sean provistas de asistencia o apoyo que puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante diversos mecanismos que existen en el derecho comparado y que ejemplificaré en el capítulo relativo a la capacidad jurídica en el derecho comparado.

El apoyo o asistencia se basa en el establecimiento de una relación de confianza, en la que una persona pueda expresar sus deseos. Como parte de esa relación se desarrolla una comunicación accesible, que en muchos casos es lo único que se requiere para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad.⁴⁷

El párrafo cuarto de la Convención establece que 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. Las salvaguardias antedichas tienen por objeto asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 12, 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; que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial, así como que sean proporcionales al grado en que las medidas del párrafo segundo del artículo 12 afecten a los derechos e intereses de las personas.

Las salvaguardias previstas por este párrafo se refieren a la relación entre la persona con discapacidad que es asistida y la persona que asiste a la persona con discapacidad y no a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso de que pueden ser objeto las personas con discapacidad, previstas en el artículo 16 de la Convención.⁴⁸

⁴⁷Tina Minkowitz, “Legal Capacity...”, *op. cit.*

⁴⁸Artículo 16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.
2. Los Estados Partes también adoptarán

Por último, el párrafo quinto del artículo 12 señala que 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 párrafo quinto se refiere a ciertos casos en los que las personas con discapacidad han visto vulnerados sus derechos sistemáticamente y que requieren de un especial énfasis respecto de esta nueva perspectiva adoptada.

El enfoque social permite la autodeterminación de la persona, así como su autonomía, colocando límites a los derechos de las personas al mínimo nivel posible. Este enfoque contrasta con el enfoque que establece que la capacidad se tiene o no se tiene, como

todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad. 3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad. 5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

hasta la fecha sostienen muchas legislaciones que adoptan el modelo médico, el cual es insensible a las variaciones de las capacidades de la persona.

El derecho al reconocimiento de la capacidad permite que las personas con discapacidad vivan y participen en una sociedad inclusiva. Se reconoce que, cuando se dan las oportunidades, todos los seres humanos son capaces de crecer y desarrollarse.⁴⁹

⁴⁹ European Group of National Human Rights Institutions, Amicus Brief in the European Court of Human Rights pursuant to article 36.2 of the European Convention on Human Rights and rule 44.2 of the rules of the European Court of Human Rights.

CAPÍTULO 4
CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO¹

A fin de conocer el marco teórico y jurídico del tratamiento de la incapacidad jurídica en México, acotado al ámbito civil del Distrito Federal, es necesario reflexionar sobre los conceptos básicos que comprende, así como realizar un acercamiento a su regulación por el Código Civil (CCDF) y el Código de Procedimientos Civiles (CPCDF), ambos para el Distrito Federal.

La teoría de la personalidad jurídica considera a la capacidad como un atributo de la personalidad. Jurídicamente la capacidad es la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

En este entendido, la capacidad tiene una doble dimensión: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio,² mismas que se distinguen a continuación.

La primera parte corresponde a la capacidad de goce, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.³ Por su parte, la capacidad de ejercicio se refiere a la aptitud del sujeto para ejercitar

¹ En este capítulo me referiré al Código Civil del Distrito Federal ya que el Código de Procedimientos Civiles Federal no cuenta con regulación sobre el juicio de interdicción por ser materia de competencia local.

² Gerardo Gil Valdivia, *Diccionario jurídico mexicano*, t. I (A-CH), p. 397.

³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*.

derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio.⁴

La incapacidad, en congruencia con el concepto de capacidad antes esbozado, consiste en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en el ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones. El factor determinante para establecer la incapacidad, consiste en la limitación psíquica del individuo para poder decidir por sí la conducta debida y conveniente.⁵

I. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD (CPCDF)

El artículo 450 del Código Civil, distingue entre dos clases de incapacidad: la natural y la legal. Doctrinalmente se señala que la primera se refiere a la que tienen los menores, en razón de su edad, por lo que al alcanzar la mayoría de edad, están en aptitud para ser plenamente capaces. La segunda clase de incapacidad se refiere a las personas mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. Es decir, de acuerdo con lo anterior, y bajo una interpretación rígida del texto legal, es posible que un mayor de edad pueda ser capaz naturalmente, pero bajo la ley no serlo, al estar ante la imposibilidad de manifestar su voluntad.

El procedimiento para la declaración de incapacidad se sustancia de la siguiente manera:⁶

⁴ *Ibid.*

⁵ Sara Montero Duhalt, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III (“I-O”), p. 1659.

⁶ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículos 902-914.

1. Primer reconocimiento

El CPCDF en su artículo 904 establece que la declaratoria de incapacidad se acreditará mediante un juicio ordinario, a través de una demanda de interdicción.⁷

La primera obligación del juez al recibir la demanda será cerciorarse de que la persona de cuya interdicción se trata efectivamente requiera la declaratoria, reforzando el dicho del demandante, allegándose de medios que justifiquen la necesidad de la demanda de interdicción.

Para efectos de lo anterior, se le practicará a la persona en cuestión un examen que deberá hacerse por médicos designados por el Juez y serán de preferencia médicos alienistas o de la especialidad correspondiente.

La prueba pericial, como en otros casos, tiene como fin auxiliar al Juez en materias en las que no es docto y requiere de la opinión de un especialista, aún si en algunos casos puede ser evidente la incapacidad que haya dado lugar al juicio. No obstante que el especialista emite su opinión al respecto, la ley exige que dicho examen se haga en presencia del Juez, previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

Derivado del dictamen pericial, si no hubiere motivo alguno para considerar la demanda fundada, aunque nuestro Código no lo señala expresamente, la demanda será sobreseída, en virtud de haberse quedado sin materia al no haber fundamento para sostenerla y, consecuentemente, se desechará.

Ahora bien, si el dictamen pericial es en el sentido de poner en duda la capacidad o declarar categóricamente la incapacidad de la persona cuya interdicción se solicita, el juez tiene la obligación de dictar diversas medidas: nombrar tutor o curador interinos; poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del

⁷ Lo que es conforme con el artículo 14 Constitucional que establece que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

tutor interino, así como proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

2. Nombramiento de tutor o curador interinos

El carácter de interinos sugiere que al final del juicio el cargo recaiga sobre una persona diferente o ésta sea ratificada, pero en tanto se resuelve en juicio tal situación debe recaer preferentemente sobre cualquiera de los siguientes: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los de mayor edad. En el caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias.

En caso de no haber ninguna de las personas mencionadas, o habiéndolas, no sean aptas para la tutela, el Juez de cualquier forma debe nombrar como tutor interino a personas de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

El Juez deberá recabar el informe del Archivo General de Notarías, sobre el registro de la designación de tutor cautelar, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de las designaciones de tutor cautelar y curador.

3. Bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino

Como señala el artículo 449 del CCDF, la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los incapaces, así como la representación interina del incapaz. El tratamiento del tutor interino nombrado para los casos de la fracción II del artículo 450 es de carácter especial ya que en la sentencia que se declare la interdicción pueden establecerse en una base de caso por caso los límites y la extensión de la tutela. Pero mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera pro-

tección de la persona y conservación de los bienes del incapacitado (artículo 905 CPCDF).

Asimismo, por lo que respecta a la tutela entre cónyuges, la administración de los bienes de la sociedad conyugal quedarán bajo la administración del otro cónyuge y mientras éste conserve dicho carácter, estará obligado a desempeñar su encargo, situación que no rige para los extraños, quienes pueden ser relevados de su encargo cuando lleven diez años en el mismo (artículo 465 CCDF).

4. Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado

Nuestra legislación prevé como un caso de suspensión de la patria potestad la incapacidad declarada judicialmente (artículo 447, fracción I CCDF), sin embargo, el ordenamiento adjetivo debe ser correctamente acoplado al sustantivo: la patria potestad legalmente corresponde en principio a los padres, y si por cualquier circunstancia deja de ejercerlo alguno de ellos, recaerá el ejercicio sobre el otro (artículo 414 CCDF); es decir, que no todo caso de pérdida o suspensión de la patria potestad da lugar a la tutela, sino que para que haya lugar a la tutela, será necesario primero que ninguna de las personas señaladas por la ley pueda ejercer la patria potestad.

5. Segundo reconocimiento

Una vez dictadas las providencias que establece el artículo 904 del CPCDF, se efectúa un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, pero con peritos diferentes, bajo la presencia del Juez y previa citación del que solicita la interdicción así como del Ministerio Público.

6. Junta de avenencia

Los peritos que rindieron los dictámenes deben reunirse a fin de conciliar su opinión. En caso de no haber acuerdo entre los peritos,

el Juez designará peritos terceros en discordia. En este punto, la ley no nos indica los parámetros bajo los cuales se habrá de practicar el tercer reconocimiento, pero asumimos que es en los mismos términos que los dos realizados previamente, so pena de estar sujetos a objeción.

7. Audiencia

En caso de haber acuerdo entre los peritos, o de rendirse el tercer dictamen en discordia, el Juez citará a una audiencia, en la cual si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la tutela.

En este punto, el propio artículo 904 del CPCDF señala que si en la audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

8. Juicio ordinario

En el juicio ordinario de declaratoria de interdicción subsisten las medidas decretadas previamente por el Juez respecto del nombramiento de tutor, custodia y administración de bienes y nombramiento de la persona que haya de ejercer la patria potestad o tutela respecto de menores o personas bajo el cuidado del presunto incapaz. No obstante, tales medidas precautorias pueden ser modificadas por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

9. Medios probatorios

Conforme al propio CPCDF, el estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada

parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen.

Al igual que en el caso de las medidas previas, el examen del presunto incapacitado se realiza en presencia del Juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El Juez está facultado para hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

II. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INTERDICCIÓN

Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procede a nombrar y discernir el cargo de tutor o, en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo con la ley. Asimismo, es obligación del tutor interino rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

Conforme al procedimiento antes estudiado, concluimos que los efectos de la sentencia de declaratoria de interdicción son los siguientes:

- a) Ratificar las medidas precautorias dictadas por el Juez al momento de recibir la demanda de declaratoria de interdicción.
- b) Limitar la capacidad de ejercicio del incapaz, respecto de todos aquellos asuntos que comprenda la tutela, con excepción de los casos que por sentencia judicial y el incapaz haya sido considerado con aptitud legal para celebrarlos.
- c) Limitar la administración y disposición de bienes del incapaz, de manera que los actos vinculados deberán ser atendidos por el tutor, en interés del incapaz. Es decir, las decisiones las adopta el tutor.
- d) Limitar la aptitud del individuo sujeto a tutela para comparecer en juicio de manera personal.
- e) Suspender el ejercicio de la patria potestad, en tanto dure la incapacidad.

En opinión de Sara Montero Duhalt, los principales efectos de la declaratoria de interdicción son los siguientes:

- a) Declarar quién es incapaz y que, por ello, no puede actuar por sí mismo en la vida jurídica.
- b) Imponer la sanción de nulidad a los efectos de los actos realizados por los incapaces.
- c) Dotar a los incapaces de un representante legal que pueda actuar en su nombre.
- d) Proteger la persona y los bienes de los incapaces.⁸

Finalmente, el CPCDF señala en la fracción VII, del artículo 905, que habrán de seguirse las mismas reglas, en lo conducente, para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

III. CRÍTICAS AL MODELO SOSTENIDO POR EL CÓDIGO CIVIL

El modelo adoptado por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles es el modelo de sustitución en la toma de decisiones, también llamado modelo médico, que busca ser superado por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Mediante las instituciones de la incapacidad y la tutela, el derecho niega la capacidad —y la autonomía— de la persona con discapacidad y la sustituye mediante un tutor —que en el mejor de los casos actuará con base en el “mejor interés de la persona”— que será el encargado de adoptar todas o una parte de las decisiones relevantes en la vida de la persona con discapacidad, decisiones que tienen que ver tanto con la esfera patrimonial (por ejemplo, la celebración de contratos y la situación financiera de la persona), como con cuestiones personales (tales como la adopción, el matrimonio, patria potestad, la institucionalización, etcétera).

⁸ Sara Montero Duhalt, *Diccionario...*, *op.cit.*, p. 1661.

La tutela ha tenido como consecuencia que las personas en situaciones mas vulnerables sean privadas de tomar todas las decisiones de la vida diaria. Ha sido referida como la “muerte civil” en virtud de que a la persona le es negado el ser actor de su propia vida.

Como ha sido señalado, en este modelo el derecho asume a la persona con discapacidad como un “objeto” que debe ser cuidado o manejado, y no se tiene en cuenta que detrás de la discapacidad se encuentra una persona “sujeto” de derechos.⁹

Como señaló la sociedad civil de personas con discapacidad en el Comité Especial encargado de preparar la Convención, la interdicción y la tutela, aunque son instituciones que han tenido por objeto proteger a las personas con discapacidad, han sido de los medios por los cuales las personas con discapacidad han quedado mayormente desprotegidas, permitiéndose a través de ellas, violaciones de derechos humanos hacia este grupo de personas, entre las que se encuentran las institucionalizaciones incluso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, la esterilización por motivos de discapacidad, los experimentos médicos y científicos por causa de discapacidad, así como violaciones a la integridad personal por motivos de discapacidad, etcétera.

⁹European Group of National Human Rights Institutions, Amicus Brief in the European Court of Human Rights pursuant to article 36.2 of the European Convention on Human Rights and rule 44.2 of the rules of the European Court of Human Rights.

CAPÍTULO 5

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

No obstante que aún es necesario un mayor desarrollo en la implementación de las medidas de asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, en el derecho comparado existen ya algunas instituciones jurídicas que adoptan dicho sistema.

Numerosos Estados europeos han reformado sus legislaciones nacionales hacia un enfoque social o de derechos humanos de la discapacidad, por ejemplo, Suecia, la Gran Bretaña, Alemania, Irlanda y Dinamarca.

En este capítulo haré mención de algunas instituciones adoptadas en derechos de los mencionados países, que se basan en el modelo de asistencia en la toma de decisiones. El modelo que abordaré más ampliamente será el de Suecia, ya que éste “es uno de los más avanzados países en desarrollar técnicas legales para reforzar en lugar de eliminar la capacidad de las personas para su autodeterminación”.¹

I. SUECIA

En 1985 el gobierno sueco promulgó una ley que eliminó todos los hospitales especiales e instituciones, prohibiendo su creación.

¹ Stanley Herr, “Self Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship”, en S. Herr, L. Gostin, y H. Hongju, eds., *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*.

En 1989, Suecia se convirtió en el primer Estado en abolir la tutela para adultos con discapacidad. En 1994 promulgó una ley sobre apoyo y servicios para personas con algunos tipos de discapacidades (de aquí en adelante LAS), que provee de amplias garantías para personas con severas discapacidades intelectuales y físicas.²

La institución más importante y menos restrictiva es la denominada *god man*.³ De especial importancia es también la institución del *forvaltare*,⁴ que debido a las restricciones que implica, es el último recurso a utilizar, solamente cuando otros recursos no han funcionado.

1. El mentor

Actualmente el mentor es la institución predominante sobre servicios de apoyo en Suecia.

Como he comentado, la tutela fue abolida (excepto para menores de edad) en el año 1989, debido a que tenía como consecuencia la marginalización de la persona con discapacidad, a la que se le imponían otras limitaciones legales que estigmatizaban al individuo y fortalecían la idea de inferioridad de la persona frente a la sociedad.

La designación de un mentor, a diferencia del tutor, no altera el disfrute de los derechos civiles por la persona con discapacidad. El mentor actúa exclusivamente con el consentimiento de la persona y los derechos y deberes que, a grandes rasgos, corresponden a una persona que actúa con un mandato, es decir, un representante.

Al designar al mentor, el juzgado diseñará la relación que existirá entre el mentor y la persona con discapacidad, de acuerdo con las necesidades de esta última. El mentor puede representar al in-

² Se incluyen personas con discapacidad intelectual, autismo o condiciones afines al autismo, personas que tuvieron un daño cerebral severo de adultos y otras personas con discapacidades físicas y psiquiátricas que manifiestan severas dificultades en la vida diaria.

³ *God man* es la palabra en sueco, que se traduce en inglés como *good man* o *mentor*. En español utilicé la traducción literal: mentor.

⁴ La traducción que hacen al inglés es la de *administrator*, palabra que en español se traduce como administrador.

dividuo para hacer una aplicación para servicios especiales, para supervisar cuestiones financieras o atendiendo otras necesidades de apoyo y orientación, con la voluntad de la persona con discapacidad.

La persona con discapacidad incluso tiene recursos legales en contra del mentor que actúa fuera de su autorización o que lleva a cabo una transacción en la que la persona pudo haber dado su consentimiento, pero no lo hizo.

Los mentores son nombrados para las personas con discapacidades intelectuales y enfermedades, cuyo estado les requiere de apoyo con sus cuestiones legales, financieras o personales.

Para las personas que están imposibilitadas de dar su consentimiento, el juzgado puede designar al mentor basándose en una certificación médica de la incapacidad de la persona de otorgar su consentimiento.

El procedimiento de designación es relativamente informal, rápido (tarda entre dos y tres semanas) y gratuito para el que aplica. Puede aplicar la persona con discapacidad, un familiar cercano o un funcionario público determinado.

El servicio de mentor es retribuido y generalmente un mentor solamente presta sus servicios a una persona, aunque en ocasiones puede ser más de una. Si la persona con discapacidad no tiene fondos, los costos los asume el gobierno local.

El mentor y el administrador en muchas ocasiones se encuentran limitados. Las limitaciones más comunes se enfocan en cuestiones económicas y financieras.

2. El administrador

El administrador es el mecanismo que se emplea una vez que otras formas de asistencia no han sido suficientes como, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad rechaza las decisiones o designación del mentor y la propiedad y otros intereses personales pueden correr serios riesgos.

El administrador puede tomar decisiones en sustitución de la persona con discapacidad, a diferencia del mentor. La institución

del administrador es muy parecida a la del tutor, sin embargo, en el caso del administrador, la persona con discapacidad mantiene su derecho al voto en elecciones generales, de esta manera la persona con discapacidad no es excluida de la participación política por motivo de discapacidad.

Las personas que tienen un administrador tienen fuertes protecciones legales para los actos que realicen. En el caso de que una persona con discapacidad que tenga un administrador con autoridad ilimitada y que lleve a cabo transacciones económicas que no esté autorizado para realizar, estará protegida por la ley. El administrador puede solicitar la cancelación de la transacción, reclamando el gasto erogado y la persona con discapacidad no tendrá el deber de compensar a la contraparte por pérdidas, sin embargo, los juzgados generalmente limitan el ámbito de las cuestiones financieras del administrador al manejo de cuentas determinadas de banco, transacciones relativas a tarjetas de crédito, o la venta de bienes inmuebles, por ejemplo.

En virtud de las facultades de los administradores de actuar sin el consentimiento de la persona con discapacidad, estos casos son sujetos a un alto escrutinio judicial.

3. Otras instituciones del derecho sueco⁵

Existen otras formas de asistencia de personas con discapacidad bajo la LAS que no son tan relevantes como las dos que han sido brevemente comentadas. Estas instituciones son: la persona de contacto, el asistente personal y el acompañante.

La *persona de contacto* no tiene un poder económico o legitimación legal para llevar a cabo los asuntos de otra persona. Las perso-

⁵ La LAS establece algunos otros tipos de servicios, entre ellos, orientación y otros servicios de apoyo (habilitación, servicios psicosociales y de trabajo social); “servicio de descanso en la casa de los padres” y “servicio de descanso fuera de la casa de los padres”; programas de recreación para después de la escuela, para niños mayores de 12 años; vivienda en departamentos especiales para adultos; vivienda para niños que no pueden vivir en sus propias casas y requieren de una casa familiar, y centros de actividad diaria.

nas de contacto tienen por objeto acompañar en algunas actividades a la persona con discapacidad que, de otra manera estaría inactiva. Por medio de la persona de contacto la persona con discapacidad tiene la oportunidad de realizar actividades recreativas y contactos sociales.

El *asistente personal* tiene por objeto maximizar la autonomía de la persona con discapacidad. La persona con discapacidad contrata y, si es necesario, despide al asistente personal. Por medio de la ley de 1994, el gobierno sueco asumió los costos de los asistentes personales.⁶

El *acompañante* es un servicio de apoyo que, en un principio, era exclusivamente para personas con discapacidad visual, que requerían de un apoyo para asistir a un evento determinado. Bajo la nueva ley, el acompañante es un servicio con que cuenta una persona con discapacidad que no tiene un asistente personal y requiere de un acompañante para actividades recreativas.

Respecto de todas las instituciones expuestas, el derecho sueco provee de un recurso contra la negativa de prestar el servicio.

II. ESCOCIA⁷

En Escocia se promulgó la Ley de Adultos con Discapacidad, en el año 2000. Dicha Ley adopta un enfoque basado en los derechos humanos en lo relativo a las salvaguardias del bienestar y la propiedad de las personas que no tienen la capacidad para tomar todas, o algunas de sus decisiones.

La Ley se basa en principios fundamentales que incorporan los valores de la autodeterminación y protegen la autonomía de las personas con discapacidad. Los principios establecen que todas las decisiones tomadas por un adulto con discapacidad intelectual deben beneficiar al adulto, implicar la menor restricción posible, considerar los deseos o sentimientos pasados o presentes de la per-

⁶ Existen ciertas limitaciones para reducir los costos del gobierno.

⁷ Adults with Incapacity (Escocia) Act (2000) asp 4 at 1(6), citado en S. Herr, "Self Determination...", *op. cit.*

sona, considerar la opinión de los miembros de la familia cercana y fomentar en la persona el uso de habilidades o desarrollar nuevas habilidades para mejorar el poder de toma de decisiones.⁸

La incapacidad es definida como:

[...] incapacidad de: desenvolverse, o tomar decisiones, o comunicar decisiones, o comprender las decisiones, o retener en la memoria las decisiones... por razones de discapacidad intelectual o incapacidad de comunicarse debido a razones de discapacidad física, sin embargo, una persona no caerá dentro de esta definición por la exclusiva razón de una deficiencia en la capacidad de comunicarse, si la deficiencia puede suministrarse mediante apoyo humano o mecánico.⁹

Si una persona cae dentro de la definición transcrita, una tercera persona podrá tomar una decisión en lugar de esa persona, sin embargo, atendiendo a la autonomía de esa persona, la intervención deberá ser lo menos restrictiva posible.¹⁰ Favorecer la alternativa

⁸European Group of National Human Rights Institutions, Amicus Brief in the European Court of Human Rights pursuant to article 36.2 of the European Convention on Human Rights and rule 44.2 of the rules of the European Court of Human Rights.

⁹Adults with Incapacity (Escocia), Act (2000), asp 4 at 1(6), en S. Herr, "Self Determination...", *op. cit.*:

Para los propósitos de esta ley, y a menos que el contexto lo requiera, "adulto" significa una persona que ha cumplido la edad de 16 años; "incapaz" significa incapaz de: a) actuar; b) tomar decisiones; c) comunicar dichas decisiones; d) entender dichas decisiones, o e) retener en la memoria las decisiones, mencionado en cualquier artículo de esta ley, por razones de discapacidad intelectual o por incapacidad de comunicarse por una discapacidad física, sin embargo, una persona no cabrá dentro de dicha definición por la sola razón de una falta o deficiencia en una facultad de comunicación, si dicha falta o deficiencia puede ser contrarrestada por ayuda humana o mecánica (ya sea de una naturaleza interpretativa u otra). (La traducción es mía).

¹⁰*Ibid.*, asp 4 at 1(2): "No habrá intervención en los asuntos de un adulto a menos que la persona responsable de autorizar o efectuar la intervención se asegure de que dicha intervención beneficiará al adulto y que dicho beneficio no sería razonablemente obtenido sin su intervención."

menos restrictiva es parte de la prueba que se debe efectuar para determinar la capacidad de una persona, en orden a cumplir con los requerimientos de la Ley en términos de actuar siempre en favor de los intereses de la persona con discapacidad, mientras que se respeta su autonomía personal.¹¹

El propósito de la Ley en comento es permitir la toma de decisiones de adultos que no tienen la capacidad necesaria para tomarlas por ellos mismos, debido a discapacidades intelectuales o imposibilidad de comunicarse.¹²

III. INGLATERRA¹³

Inglaterra promulgó la Ley de Capacidad Mental,¹⁴ el 2 de abril del 2007.

Esta Ley establece cinco principios: 1) una persona se presume capaz, a menos que sea probado lo contrario; 2) una persona debe ser apoyada para tomar sus decisiones, y debe proporcionársele toda la ayuda posible antes de ser tratada como no teniendo la posibilidad de tomar sus decisiones; 3) una persona no debe ser tratada como carente de capacidad porque tomó una decisión no inteligente o una decisión que va en contra de las normas sociales; 4) si una decisión se toma por cuenta de la persona incapaz, debe ser en su mejor interés, y 5) todo lo que se haga en virtud de una persona con capacidad limitada debe ser lo menos restrictivo de sus derechos básicos y libertades.¹⁵

Ibid., asp 4 at 1(3): “Cuando sea determinado que una intervención como la mencionada en la subsección (1) sea hecha, dicha intervención será la opción menos restrictiva en relación con la libertad del adulto, consistente con los propósitos de dicha intervención.” (Las traducciones son mías)

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.*, asp 4 at par. 3., p. 1.

¹³ Mental Capacity Act 2005, citado en S. Herr, “Self Determination...”, *op. cit.*

¹⁴ Es de advertir que no se utiliza el término *incapacity*, o incapacidad, sino *capacity* o capacidad.

¹⁵ Mental Capacity Act 2005, Pt 1.1, principios 1-5, en S. Herr, “Self Determination...”, *op. cit.*

Los principios sostienen el enfoque de asistencia en la toma de decisiones. Se sostiene que pueden existir varios grados de capacidad; así, las secciones 2 y 3 de la Ley ilustran lo anterior en la definición de capacidad. La capacidad es específica a un determinado momento, así como específica a una determinada decisión. De lo anterior que la persona pueda ser incapaz solamente en un determinado momento, y no por siempre, así como que la persona pueda ser incapaz para un determinado acto, pero no para todos los actos; no hay una absoluta pérdida de la capacidad en virtud del derecho.

La Ley establece ciertas protecciones para las personas que sean incapacitadas, de manera que las decisiones puedan ser tomadas en su lugar, pero, en toda situación el acto deberá ser de acuerdo con su mejor interés. En virtud de la diversidad de actos, el mejor interés de la persona no es definido en la Ley, sin embargo, se señala que para determinarlo se requiere la consideración de todas las circunstancias relevantes. Se precisa que la persona que tomará la decisión debe considerar aquellas circunstancias de que esté enterado y que sea razonable tomar en cuenta..

Si es posible también se deberá considerar la posibilidad de permitir y suscitar la participación de la persona o mejorar su habilidad para participar en la toma de decisiones; los deseos pasados y presentes de la persona; las opiniones de miembros de su familia, cuidadores y aquellos interesados en el bienestar de la persona, o si la acción o decisión puede ser desarrollada en una forma menos restrictiva respecto de las libertades de la persona.

IV. ALEMANIA¹⁶

En 1992 Alemania abrogó su Ley de Tutela. Actualmente Alemania ha establecido que las personas con discapacidad tienen el absoluto derecho respecto de sus habilidades para desarrollar sus vidas

¹⁶Civil Code (BGB), citado en European Group of National Human Rights Institutions, *op. cit.*, p. 8.

de acuerdo con sus opiniones.¹⁷ Un procurador podrá, sin embargo, ser requerido por varias razones: si una persona no es capaz de manejar sus acciones completa o parcialmente debido a una enfermedad psicológica, física o mental, o discapacidad intelectual. Este procurador estará limitado a lo que sea considerado necesario. Asimismo, el procurador no podrá ser requerido en contra de la voluntad de la persona con discapacidad.

El modelo de procurador alemán es distinto del modelo del tutor ya que el primero no priva a la persona con discapacidad de la capacidad legal, es decir, la persona con discapacidad aún tiene la capacidad de actuar en todas las cuestiones, a menos que el juzgado especializado hubiese establecido que la aquiescencia del procurador es necesaria para realizar determinados actos. Las facultades del procurador se limitan a los casos en que no hay declaraciones personales tales como el matrimonio de la persona con discapacidad.

V. IRLANDA

En Irlanda no existe legislación que defina la capacidad. Se presume la capacidad, hasta que se pruebe lo contrario, sin embargo, no hay procedimientos que determinen el nivel de capacidad de la persona y el apoyo requerido.

La Comisión para la Reforma de la Ley del gobierno irlandés ha publicado estudios en los que establece ciertos principios, entre los que se encuentran el de enfatizar la habilidad y apoyar, más que restringir a las personas con discapacidades; se recomienda que las personas con discapacidad sean apoyadas para tomar decisiones; se declara en contra de cualquier pérdida automática de capacidad. La Comisión ha promovido el sistema de apoyo en la toma de decisiones con protecciones y también ha recomendado que las intervenciones consideren las circunstancias de la persona y sean

¹⁷ *Ibid.*, secciones 1896-1908.

lo menos limitativas posibles, así como que se tomen en cuenta los deseos pasados y presentes de la personas con discapacidad.

VI. DINAMARCA¹⁸

La Ley promulgada en 1995 por Dinamarca establece la designación de un representante, que no implica la pérdida automática de la capacidad de la persona. El objetivo es que la persona con discapacidad mantenga el derecho de autodeterminación tanto como sea posible. La persona con discapacidades intelectuales o enfermedades mentales puede ser limitada en su derecho de autodeterminación en determinados aspectos, sin embargo, la tutela solamente podrá ser utilizada para obligaciones legales como la administración de finanzas o la celebración de contratos.

Éstos son algunos ejemplos de las instituciones que en derecho comparado han sido creadas, de acuerdo con el modelo social de la discapacidad. Instituciones que respetan la autonomía de las personas con discapacidad, permitiendo que tomen las decisiones relevantes de sus vidas o, por lo menos, sus opiniones sean tomadas en cuenta. Asimismo, éstas son instituciones de las cuales en México podemos adoptar algunas ideas, de acuerdo con nuestras circunstancias y necesidades, e introducir en nuestros sistemas legales, con objeto de respetar la dignidad y la autonomía de todas las personas con discapacidad.

¹⁸Værgemålsloven, 14 de junio, 1995, citado en European Group of National Human Rights Institutions, *op. cit.*

CAPÍTULO 6

LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR MÉXICO AL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este capítulo haré una síntesis del proceso de aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo en México. Posteriormente me referiré a la Declaración Interpretativa que el Senado formuló al párrafo segundo, del artículo 12 de la Convención.

I. EL PROYECTO DE RESERVA AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DEL SENADO

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada por unanimidad de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006.¹

El 30 de marzo del 2007 se abrió a la firma de los Estados en la sede del mencionado Organismo Internacional, en Nueva York y, de acuerdo con su artículo 45, entró en vigor el 3 de mayo del 2008, trigésimo día a partir de la fecha en que el vigésimo instrumento de ratificación fue depositado.

La Convención fue firmada por México el mismo 30 de marzo del 2007, posteriormente, de acuerdo con los artículos 76, fracción

¹ Resolución 61/106, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

primera y 133 constitucionales, fue enviada al Senado de la República con objeto de que éste la ratificara.

Junto con la Convención y el Protocolo Facultativo, el Ejecutivo Federal envió al Senado un Proyecto de Reserva respecto del artículo 12, párrafo 2o., de la Convención.

El texto del Proyecto de Reserva era el siguiente:

Artículo 12.- De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política, en los Estados Unidos Mexicanos queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Consecuentemente, sin menoscabo de su absoluta determinación por proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos aplicará el párrafo segundo del Artículo 12, siempre que no sea en detrimento de normas de su legislación interna específicamente diseñadas para brindar protección legal, salvaguardar la dignidad y asegurar la integridad física y psicológica de las personas.²

Como podemos observar en el proyecto de Reserva transcrito, el Ejecutivo Federal buscaba excluir de la aplicación de la Convención el párrafo segundo del artículo 12, y continuar con la aplicación de la legislación nacional en la materia, es decir el sistema previsto por el Código Civil, consistente en las instituciones de interdicción y tutela de los incapaces.³

²Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales y de Atención a Grupos Vulnerables, que Contiene Proyecto de Decreto por el que Ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

³El artículo 2, inciso d), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

El Senado asignó a las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y Organismos Internacionales y de Atención a Grupos Vulnerables (en adelante las Comisiones) la preparación de un proyecto de dictamen respecto de la Convención, el Protocolo Facultativo y el Proyecto de Reserva del Ejecutivo, para ser debatido por el Pleno de la Cámara de Senadores.

El Dictamen de las Comisiones en su primera parte hace una síntesis del contenido de la Convención y su Protocolo Facultativo, para determinar si su contenido se encuentra de acuerdo con el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que resuelven afirmativamente.

Posteriormente, el dictamen se refiere al Proyecto de Reserva al párrafo segundo del artículo 12 de la Convención, propuesto por el Ejecutivo Federal.

Al respecto, las Comisiones señalan en el dictamen que consideran que la Reserva resulta innecesaria, lo que sostienen con los siguientes argumentos:

En primer lugar, las Comisiones señalan que la reserva, al referirse al artículo 1o., párrafo tercero de la Constitución, relativo a la no discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad, es innecesaria debido a que:

la propia Convención contempla en su artículo 5 la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, implicando que entre los compromisos adquiridos a los Estados Parte se encuentre el de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad.⁴

Respecto del segundo párrafo de la Reserva propuesta, las Comisiones establecen que también es innecesario debido a que:

pretende establecer una interpretación y alcance al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad [que] se encuentra contemplad[o] en el párrafo cuarto del mismo artículo

⁴ Dictamen de las Comisiones..., *op. cit.*, De la lectura del dictamen parece que las Comisiones sostienen que se trata de dos reservas y no de una compuesta por dos párrafos.

12 que como hemos subrayado establece las salvaguardias relativas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cuando así lo requieran, como ejemplo podemos mencionar las previstas para aquellas personas que presenten una discapacidad intelectual profunda, para la cual la salvaguardia será la tutela.⁵

Como podemos observar, existe una confusión en las Comisiones respecto del término salvaguardia, ya que las salvaguardias del párrafo 4o. del artículo 12 se refieren a la relación que existe entre la persona con discapacidad y la persona que presta asistencia. La tutela no es una institución que busque proteger a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, ya que presupone que la persona no tiene capacidad que ejercitar.

El anterior argumento lo pretenden reforzar al establecer:

[c]on mayor razón toma sentido la postura de estas Dictaminadoras cuando en ningún momento la Convención refiere que esa capacidad jurídica deba ser ejercida por sí o a través de un tercero, por lo que el instrumento internacional no trastoca la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio que contempla nuestra legislación interna.⁶

Como ha quedado sostenido en el capítulo 3o. de este trabajo, dentro del concepto “capacidad jurídica” se encuentra incluida la capacidad de ejercitar los derechos, lo que podemos deducir de la interpretación que se ha dado al concepto en derecho internacional y derecho comparado, así como de la interpretación literal y sistemática del artículo 12 de la Convención, y de la interpretación del artículo 12 en conjunto con el propósito y los Principios Generales de la Convención. Lo anterior confirma el error en el que cae el dictamen al establecer que no se “trastoca la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio que contempla nuestra legislación interna”.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

Los argumentos que las Comisiones utilizan para no aceptar el proyecto de Reserva concluyen de la siguiente manera:

la Convención ha previsto los casos de excepción o salvedad en el ejercicio de la capacidad jurídica [...] caso en el cual se deberán aplicar salvaguardias, aludidas en el párrafo cuarto del propio artículo 12, siempre en el sentido de brindar protección legal, salvaguardar la dignidad y asegurar la integridad física y psicológica de las personas con [...] discapacidad.

Robustece lo anterior que (*sic*) el hecho que los dos primeros numerales del artículo 12 de la Convención establezcan (a) el derecho de las personas con discapacidad en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y (b) que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, no significa que las disposiciones mencionadas dejen de tener vigencia o deban desaparecer, sino por el contrario, la Convención sería una fuente de derecho más para ellas, pues como lo ordena textualmente el numeral 3 del mismo artículo “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” de tal forma que las instituciones jurídicas existentes a favor de las personas con discapacidad, serían parte de las medidas que los Estados deben adoptar para el ejercicio de su capacidad jurídica.⁷

En sentido contrario de lo que sostiene el dictamen, la Convención no prevé ningún caso de salvedad en el ejercicio de la capacidad jurídica, en cambio, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, y establece que para el ejercicio de dicha capacidad en algunas ocasiones será necesario el apoyo o asistencia, sin embargo, no establece ningún caso de “excepción o salvedad en el ejercicio de la capacidad jurídica” como el dictamen señala.

Asimismo, el dictamen establece que en virtud del artículo 12 de la Convención, la tutela, entre otras instituciones jurídicas, no

⁷ *Idem.*

dejará de tener vigencia ni deberán desaparecer, y agrega que la Convención será una “fuente de derecho más para ellas”. El dictamen desconoce por completo el significado y objeto del artículo 12, que es el de superar los sistemas de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad (tal como la interdicción y la tutela) y, en sentido contrario, señalan que dicho sistema es sostenido y legitimado por el artículo 12 de la Convención.

Una vez que el dictamen termina de exponer sus argumentos para desestimar la propuesta de Reserva que el Ejecutivo envió, en el último párrafo de las consideraciones señala:

A fin de respetar a plenitud los derechos establecidos en esta Convención a favor de las personas con discapacidad y no dejar resquicio alguno por el cual se pudiese vulnerar la dignidad e integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de ellas, estas Comisiones estiman procedente la aprobación de una Declaración Interpretativa a Favor de las Personas con Discapacidad.⁸

El dictamen concluye con la resolución de aprobar la Convención y el Protocolo Facultativo.

El dictamen fue sometido a la consideración del Pleno de la Cámara de Senadores, el cual, sin debate alguno respecto del fondo de la Convención, y con solamente cuatro discursos que no clarifican en nada las razones o motivos de la Declaración Interpretativa, aprobaron la Convención, el Protocolo Facultativo y la mencionada Declaración Interpretativa propuesta por las Comisiones, el mismo 27 de septiembre del 2007.

II. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El texto de la Declaración Interpretativa establece:

⁸ *Idem.*

DECLARACIÓN INTERPRETATIVA A FAVOR DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

Los Estados Unidos Mexicanos formulan la siguiente declaración interpretativa, al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1o, establece que: “[...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Al ratificar esta Convención los Estados Unidos Mexicanos reafirman su compromiso a favor de la promoción y protección de los derechos de los mexicanos que sufran alguna discapacidad, tanto aquellos que se encuentren en territorio nacional como en el extranjero.

El Estado Mexicano reitera su firme compromiso de generar condiciones que permitan a toda persona, a desarrollarse de modo integral, así como ejercer sus derechos y libertades plenamente y sin discriminación.

Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse —en estricto apego al principio *pro homine*— la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas.

La Declaración Interpretativa, a diferencia de lo que el Presidente de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables del Senado expresó en su discurso el día de aprobación de la Convención,⁹ no

⁹El senador Guillermo Enrique Tamborrel Suárez señaló en su discurso: “Acudo nuevamente a la tribuna, simplemente para evitar confusiones. Hemos propuesto y confío en que esta Convención será ratificada en sus términos, sin reserva alguna. Lo

es clara, por su ambigüedad, y no se sabe exactamente cuál es la razón que la motiva, debido a la inexistencia de un argumento o razón al respecto, tanto en el Dictamen como en los discursos de los Senadores el día de su aprobación.¹⁰

Ahora bien, una Declaración Interpretativa tiene, de hecho, las mismas características que una Reserva.¹¹ Por medio de una Declaración Interpretativa un Estado busca igualmente que con una Reserva “excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado”.¹² Como Paul Reuter ha señalado: “los Estados expresan a menudo su intención en forma ambigua obedeciendo a consideraciones políticas internas, en particular por medio de ‘declaraciones interpretativas’ que no tendrían ningún sentido si no fuesen de hecho reservas”.¹³

Por lo tanto, podemos sostener que la intención del Estado mexicano al formular la Declaración Interpretativa más allá del “estricto apego al principio *pro homine*”, es la de excluir la aplicación del artículo 12, párrafo 2 de la Convención, con objeto de mantener la aplicación de la legislación nacional en materia de capacidad de las personas con discapacidad.

que sí hemos planteado es una Declaración Interpretativa a favor de las personas con discapacidad, que me parece que se explica por sí sola”.

¹⁰ Para ver los discursos de los cuatro Senadores que tomaron la palabra el día de la aprobación (Guillermo Enrique Tamborrel Suárez, María de los Ángeles Moreno Uriegas, José Luis Máximo García Zalvidea y Dante Delgado Rannauro). *Vid.*: Cámara de Senadores, *Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*.

¹¹ Paul Reuter, *Introducción al derecho de los tratados*, p. 106.

¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2.

¹³ Paul Reuter, *Introducción...*, *op. cit.*

CONCLUSIONES

El cambio de paradigma planteado desde la década de los años setentas del siglo XX, principalmente por la sociedad civil de personas con discapacidad, ha tenido como objeto el cambio a una perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos, superando modelos médicos que han tenido por objeto estigmatizar y segregar a las personas con discapacidad. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta y legitima dicho paradigma en la Comunidad Internacional y obliga a los Estados Partes a adoptar dicho paradigma a nivel local.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce un amplio catálogo de derechos de primera y segunda generación y los ajusta a las necesidades de las personas con discapacidad, sin crear nuevos derechos, teniendo por objeto lograr el pleno disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con todos los demás.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12 establece el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley. Por medio del segundo párrafo de dicho artículo los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida. Como ha quedado sostenido con diversos argumentos en el capítulo 3 de este trabajo, el concepto “capacidad

jurídica” del párrafo segundo incluye la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, por lo que los Estados se encuentran obligados a reconocer la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida.

Los siguientes párrafos del artículo 12 de la Convención establecen un sistema por medio del cual se proveerá de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, en los casos en que sea necesario.

Por medio del reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y el modelo de asistencia en la toma de decisiones, el artículo 12 de la Convención, de acuerdo con los principios generales de respeto a la dignidad inherente; autonomía individual, incluida la libertad en la toma de las propias decisiones; la no discriminación, y la igualdad de oportunidades, busca un cambio de paradigma en las legislaciones nacionales sobre discapacidad, superando el sistema de sustitución en la toma de decisiones, concretado por medio de las instituciones de la incapacidad y la tutela.

La legislación en México, como ha quedado demostrado en el capítulo 4, adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones, mediante las instituciones de la incapacidad y la tutela. El modelo de sustitución en la toma de decisiones tiene por objeto limitar, total o parcialmente, la capacidad de ejercicio de personas con algunos tipos de discapacidad (en especial discapacidades intelectuales y psicosociales), confiándolo a una tercera persona, el tutor. La persona con discapacidad pierde el derecho de tomar todo tipo de decisiones relevantes en su vida, tanto de carácter patrimonial, como de carácter personal.

La consecuencia que tendría la aplicación del derecho nacional en el caso de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, consistiría en que se continuaría limitando la capacidad de ejercicio de las personas con ciertos tipos de discapacidad, por medio de las instituciones de la interdicción y la tutela.

La limitación a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, reconocida por la Convención, va en contra de los prin-

cipios del “respeto a la dignidad inherente”,¹ “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”,² la “no discriminación”³ y la “igualdad de oportunidades”,⁴ reconocidos por el artículo 3 de la Convención.

Como ha sido sostenido, los Principios Generales previstos en el artículo 3 de la Convención fueron incluidos para “hacer explícitos el objeto y propósito de la Convención”.⁵ Por lo tanto, al no respetar estos principios, se está yendo en contra del objeto y el propósito mismo de la Convención.

La Declaración Interpretativa formulada por el Estado mexicano, al pretender excluir la aplicación del artículo 12, párrafo 2, de la Convención, relativo a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad y aplicar su legislación interna, en la que limita la capacidad de ejercicio de las personas con ciertos tipos de discapacidad, va en contra de los Principios Generales de la Convención, que, como hemos establecido, tienen por objeto señalar el propósito de la Convención, junto con el artículo 1, párrafo 1.

Al ir en contra del propósito y objeto de la Convención, una Reserva o una Declaración Interpretativa de este estilo está prohibida por el artículo 46 de la Convención.

La *ratio iuris* de la prohibición descansa en que la Convención es una manifestación de voluntad de las partes, y es evidente que deben, como presupuesto o elemento *a priori*, coincidir en dicha manifestación; en otras palabras, no es posible que se formule una Reserva o Declaración Interpretativa que obstaculice el propósito que se persigue justamente mediante la confección del instrumento: se trataría de introducir una distinción incompatible entre lo manifestado y lo querido.

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3, párr. a.

² *idem*.

³ Convención..., *op. cit.*, art. 3, párr. b.

⁴ *Ibid.*, art. 3, párr. e.

⁵ International Disability Alliance, “Opinión legal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” *Vid.* <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>

Como señala el principio general del derecho “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de las partes”, por lo tanto, si México se está obligando a cumplir con el objeto de la Convención en su ratificación, no puede señalar que no cumplirá con dicho objeto por medio de una Declaración Interpretativa. Podríamos incluso señalar que en tal manifestación de voluntad no hubo un verdadero consentimiento ya que la intención y lo manifestado no concuerdan.

Por último, quisiera agregar que es obligación del Estado mexicano la reforma de la legislación relativa a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente los Códigos Civiles, de manera que una vez reconocida la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo su capacidad de ejercicio, dicho reconocimiento no quede sin medidas de aplicación y de igual manera haga nugatorio el propósito de la Convención.

Entre las medidas de aplicación será necesario establecer una fuerte presunción legal de capacidad de las personas con discapacidad, con objeto de evitar todo tipo de discriminación, así como eliminar prejuicios y estereotipos en contra de las personas con ciertos tipos de discapacidades; se deberán crear políticas de apoyo a las personas con discapacidad que lo requieran, restringiendo las instituciones de la incapacidad y la tutela, así como proporcionar salvaguardias contra el abuso de esas medidas de apoyo, para que las decisiones sean basadas en la voluntad de la persona con discapacidad que requiera de dichas medidas. Los Estados deberán asimismo asegurarse de que las intervenciones de terceros en el apoyo a personas con discapacidad sean lo menos restrictivas posibles de la capacidad de la persona, y proporcionales a las necesidades de cada persona; y deberán asegurar que los deseos de las personas con discapacidad, tanto presentes como futuros sean tomados plenamente en cuenta en los procesos de asistencia.⁶

Será necesario considerar las instituciones de derecho comparado en el proceso de armonización de la legislación nacional con la

⁶European Group of National Human Rights Institutions..., *op. cit.*

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; especialmente en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los sistemas de asistencia a las personas que lo requieran.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, “La historia de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, v. I, Universidad Internacional de Andalucía, 2000.
- CÁMARA DE SENADORES, *Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, año II, Primer Periodo Ordinario, LX Legislatura, núm. 10, 27 de septiembre de 2007.
- DHANDA, Amita, “Advocacy Note on Legal Capacity. Explanatory Note on Legal Capacity, y Equal Recognition As a Person Before the Law”, en Organización de las Naciones Unidas, *Naciones Unidas Enable*, International Disability Caucus.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 8a. ed., México, Porrúa, 2000.
- D’ORS, *Derecho privado romano*, 9a. ed., EUNSA, 1997.
- GARCÍA VERÁSTEGUI, y Gispert Peláez, “Acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea / Secretaría de Relaciones Exteriores / Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- GELIO, Aulo, *Noches áticas*, versión castellana de Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 2002.
- GIL VALDIVIA, Gerardo, *Diccionario jurídico mexicano*, t. I (A-CH), México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

- HERR, Stanley, "Self Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship", en S. Herr, L. Gostin, y H. Hongju, eds., *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities*, Oxford University Press, 2003.
- INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, "Opinión legal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>
- LORD, Janet E., *A White Paper. Understanding the role of an International Convention on the Human Rights of People with Disabilities. An analysis of the legal, social, and practical implications for policy makers and disability and human rights advocates in the United States*, Washington D. C., National Council on Disability, 2002.
- _____, y Michael A. STEIN, "The Committee on the Rights of Persons with Disabilities", en Philip Alston, y Megret Frederic, "The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal". (En prensa.)
- MINKOWITZ, Tina, "Legal Capacity. Fundamental to the Rights of Persons with Disabilities", en *International Rehabilitation Review*, Special Edition. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, vol. 56, diciembre 2007.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, t. III ("I-O").
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *United Nations Enable*, <http://www.un.org/disabilities/>
- _____, *From Exclusion to Equality. Realizing the rights of persons with disabilities*. Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, Ginebra, ONU- OHCHR-IPU, 2007, 164 pp. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training14en.pdf>
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI, 2008.
- _____, y Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacio-*

- nal sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca/Telefónica/CERMI, 2007.
- REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica / Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- QUINN, Gerard, “The UN Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities”, conferencia pronunciada en la Conferencia Europea sobre la Integración de Personas con Discapacidad, junio, 2007.
- , “Human Rights and Intellectual Disability: A Matter for All”, conferencia pronunciada en Santiago de Chile, 5 de septiembre de 2007.
- , “The UN Human Rights for Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law y Policy Research y Reform”, conferencia pronunciada en Dublín, Irlanda, 16 de noviembre de 2006.
- , y Theresia Degener, *A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*, California, Disability Rights Education Defense Fund.
- , *Human Rights and Disability. The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, Nueva York y Ginebra, United Nations Publications, 2002.
- SILVERS, Anita, “Formal Justice”, en Anita Silvers, *et al.*, eds., *Disability, Difference, Discrimination: Perspectives on Justice in Bioethics and Public Policy*, vol. 13, 1998.
- STEIN, Michael A., “Disability Human Rights”, *California Law Review*, vol. 95, 2007.
- y Janet. E. Lord, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a Vehicle for Social Transformation”, en *Mecanismos Nacionales de Monitoreo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.
- , y Penelope J. S. Stein, “Beyond Disability Civil Rights”, *Hastings Law Journal*, vol. 58, 2007.

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en noviembre de 2010 en los talleres de GVG Grupo Gráfico, S. A. de C. V., Leandro Valle núm. 14-C, col. Centro, C. P. 06010, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

