

Capítulo II

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus reglas sobre capacidad de ejercicio

Como se indicó en el capítulo anterior, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desarrolla en plenitud el denominado «modelo social», y entre sus presupuestos se ubica el promover una visión activa sobre el ejercicio de los derechos, lo que a su vez se concretiza en una forma específica de enfocar la capacidad de ejercicio para las personas con discapacidad.

En efecto, uno de los aspectos que mayor interés ha generado con la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es justamente los cambios que vaticinan en materia de capacidad de ejercicio, donde de forma expresa dedica un amplio artículo y que demanda su análisis en detalle para así poder comprender las adecuaciones que se deben efectuar en los ordenamientos nacionales suscriptores del Tratado buscando así su correcta aplicación y vigencia.

Entonces, corresponde aquí examinar el texto de la Convención –no sin antes revisar sus antecedentes mediatos y directos–, identificar los principios sectoriales que se desprenden del instrumento internacional, analizar el artículo 12 que alude expresamente al tema de la capacidad, en particular co-tejar las reservas y teorías interpretativas sobre su sentido, así como apuntar aquellas disposiciones que coadyuvan a su hermenéutica y aplicación.

Únicamente, comprendiendo adecuadamente el modelo de capacidad que se desprende del instrumento internacional, se podrá ponderar en su verdadera dimensión cuáles deben ser las modificaciones y reformas que

urgen emplearse para lograr una perfecta sincronía entre las normas vinculantes de la Convención y las reglas de desarrollo del Derecho interno, y con ello la vigencia efectiva de las facultades, así como del cumplimiento de los deberes, que promueve la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

I. ANTECEDENTE DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Aunque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad posee la gloria de reivindicar el reconocimiento de la lucha por el posicionamiento del modelo social a escala global, no puede olvidarse que previamente ha existido un verdadero movimiento internacional que perseguía la consolidación de un instrumento obligatorio y multilateral que atendiera a este colectivo que históricamente se encontraba olvidado¹⁵², ello si se compara con otros sectores vulnerables –mujeres, infancia, refugiados, trabajadores, migrantes, entre otros– que ya habían sido atendidos por la comunidad internacional¹⁵³.

¹⁵² Advertía RODRÍGUEZ ESCUDERO, María Victoria: *La modificación judicial de la capacidad de la persona en el Derecho español y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Universidad de Oviedo. Tesis doctoral (J. CARBAJO GONZÁLEZ, director). Oviedo, 2016, p. 15, «Es curioso que el Derecho de Familia español no se dedique al estudio de personas mayores, discapacitadas, y otros colectivos con la intensidad que merece. La persona mayor, la persona discapacitada no se han tratado jurídicamente con el esfuerzo debido».

¹⁵³ Ciertamente, en 1987, se recomendó redactar una «Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad» por parte de la Reunión Mundial de Expertos para examinar la marcha de la ejecución del «Programa de Acción Mundial para los Impedidos» de las Naciones Unidas, preparándose un proyecto por parte de Italia y otro de Suecia, pero no hubo consenso para su discusión bajo el argumento de que los instrumentos existentes sobre derechos humanos ya garantizaban tales derechos a las personas con discapacidad. *Vid.* Introducción a las «Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad» de 1993. *Cfr.* Observación

1.1. Antecedentes mediatos

A nivel de la Organización de las Naciones Unidas, desde la década de los 70 comienza a observarse un marcado interés por posicionar en la agenda el tema de los derechos de las personas con discapacidad, aunque empleándose la terminología que para tal época era la corriente. Así, se aprecian algunos documentos internacionales que, aunque no eran vinculantes, regulaban la materia parcialmente y que, en consecuencia, son antecedentes mediatos de la Convención.

En lo que aquí respecta se indicarán las normas que permiten contrastar el modelo de tratamiento que sigue el instrumento y se destacarán las disposiciones que se relacionan con la capacidad de ejercicio, a saber:

general N.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1994, donde se comenta: «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. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad» (párrafo 5), «El hecho de que en el Pacto no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se puede atribuir al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse explícitamente de esta cuestión, en vez de hacerlo por inferencia, cuando se redactó el Pacto hace más de 25 años. Los instrumentos internacionales de derechos humanos más recientes, en cambio, tratan específicamente de esta cuestión (...) O sea que en la actualidad está ampliamente aceptado que los derechos humanos de las personas con discapacidad tienen que ser protegidos y promovidos mediante programas, normas y leyes generales, así como programas, normas y leyes de finalidad especial» (párrafo 6).

1.1.1. Declaración de los Derechos del Retrasado Mental¹⁵⁴

Instrumento de 1971 que inicia formalmente una agenda centrada en la preocupación por el tema de los derechos de las personas con discapacidad desde las instancias internacionales. Ciertamente, Vittorio FROSINI comentaba sobre la referida Declaración:

... constituyó un cambio evidente de perspectiva en relación a los deficientes y lisiados, pues en otros tiempos un problema de defensa de su calidad de vida no habría llamado tanto la atención a los juristas, por el inveterado principio que excluía de las responsabilidades de la vida social al que no estuviera en plena posesión de las facultades de entender y de querer¹⁵⁵.

Lo componen siete bases que, en palabras de FAÚNDEZ LEDESMA, «enuncia[n] un conjunto de principios que deberían servir de guía para la adopción de medidas en la esfera nacional e internacional, a fin de asegurar los derechos del retrasado mental»¹⁵⁶, en las cuales se condicionan los derechos «hasta el máximo grado de viabilidad» (párrafo 1), se reconoce la rehabilitación «que le permita desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes» (párrafo 2), «en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil» (párrafo 3), en caso de que sea necesario el internamiento, «las condiciones de vida dentro de tal institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los de la vida normal» (párrafo 4), «debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable» (párrafo 5) y, finalmente, en cuanto al tema de capacidad:

7. Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se

¹⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2856, de 20-12-71. *Vid.* recopilación de estos instrumentos en: *Salud mental y derechos humanos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, 2007, pp. 9 y 10.

¹⁵⁵ Citado en DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* («La protección jurídica...»), pp. 37 y 38.

¹⁵⁶ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: «La evolución del Derecho Internacional y la condición jurídica del individuo». En: *Summa. Homenaje a la Procuraduría General de la República, 135.º aniversario*. PGR. F. PARRA ARANGUREN, coord. Caracas, 1998, p. 453.

hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores.

Se puede considerar que la referida declaración se enmarca en el modelo médico-rehabilitador¹⁵⁷. En lo referido a la capacidad de ejercicio, reconoce la «sustitución» o «representación» como medida idónea de protección¹⁵⁸, pudiéndose no solo limitar derechos, sino suprimirlos, aunque bajo ciertas «salvaguardas» entre las que se destaca las revisiones periódicas. Se comienza a colocar el foco en los internamientos y a tutelar ciertas garantías. Interesa destacar que desde un inicio el tema de la capacidad jurídica ha tenido relevancia; de allí su regulación en este incipiente instrumento internacional.

1.1.2. Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁵⁹

En lo que toca a este instrumento, se amplía su contenido a trece párrafos en total. Comienza con una definición de «impedido» (párrafo 1); reconoce su derecho a la no discriminación (párrafo 2), así como a la dignidad,

¹⁵⁷ Cfr. BARRIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 60, «a pesar de la perspectiva de derechos, la declaración, en su contenido, se encuentra impregnada de una clara concepción médico rehabilitadora de la discapacidad».

¹⁵⁸ NEPPI, Vittorio: *Causalidad jurídica y representación*. EJEA. Buenos Aires, 1962, p. 13, recuerda que el fin esencial inmediato de la representación consiste en: «favorecer la conclusión de negocios jurídicos o de actos jurídicos en sentido estricto, permitiendo que se pongan en existencia mediante la sustitución del interesado por otro sujeto, cumplida paladinamente y en forma que todos los respectivos efectos se verifiquen en orden, no de quien ha actuado (sustituyente, representante), sino del propio interesado (sustituido, representado)».

¹⁵⁹ Adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 3447 (xxx), de 09-12-75. Vid. ob. cit. (*Salud mental...*), pp. 11 y 12. Véase también: Resolución 31/82, de 13-12-76, de la Asamblea General de la ONU, mediante la cual se recomienda la aplicación de la Declaración de los Derechos de los Impedidos.

teniendo la persona con discapacidad, en consecuencia, «los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos» y «el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible» (párrafo 3).

Y aunque afirma que posee «los mismos derechos civiles y políticos», reitera que estos pueden ser limitados o suprimidos según el párrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (párrafo 4); tienen derecho a medidas para «lograr la mayor autonomía posible» (párrafo 5); readaptaciones y servicios que «aceleren el proceso de su integración o reintegración social» (párrafo 6); «en la medida de sus posibilidades» a obtener un empleo u ocupación (párrafo 7).

En caso de indispensable internamiento «las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal» (párrafo 9); debe contar con «asistencia letrada jurídica competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes» (párrafo 11); «Las organizaciones de impedidos podrán ser consultadas» sobre estos temas (párrafo 12) y, por último, debe difundirse el contenido de la Declaración entre «El impedido, su familia y su comunidad» (párrafo 13).

Interesa subrayar que se ratifican algunos aspectos de la anterior Declaración, y en lo referente a la capacidad jurídica se alude expresamente a la «asistencia judicial» que junto a la representación de la tutela componen el modelo tradicional de protección de «incapaces». Se reiteran las garantías en caso de internamientos¹⁶⁰. Además, es interesante el protagonismo que le atribuye a las organizaciones, pues ellas serán las que tomarán la batuta a la hora de la preparación de la Convención. Obviamente, el instrumento sigue inmerso en el modelo médico.

¹⁶⁰ Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 60, «Aunque no de un modo expreso, la Declaración parece asumir, no solo como posible, sino inclusive como algo natural, la institucionalización de personas con discapacidad como medio de procurar el acceso a la realización de sus derechos».

1.1.3. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹⁶¹

Lo conforman 24 principios, subdivididos en varios párrafos. En el principio 1 señala: «Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales...» (párrafo 5), y añade en los párrafos siguientes:

6. Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica¹⁶² y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará solo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional (...). Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante personal, si lo hubiere, y cualquier otro interesado, tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior¹⁶³.

7. Cuando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de sus propios asuntos, se adoptarán medidas, hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona, para asegurar la protección de sus intereses.

El referido instrumento contiene diversas garantías dirigidas a lograr que se respeten los derechos humanos de los pacientes, a saber: confidencialidad

¹⁶¹ Adoptados por la Asamblea General de la ONU, Resolución 46/119, de 17-12-91. *Vid. ob. cit. (Salud mental...)*, pp. 15 y ss.

¹⁶² En inglés: *legal capacity* –capacidad jurídica o capacidad legal–, *incapacity* –incapacidad–, *personal representative* –representante personal– (párrafo 1.6).

¹⁶³ Comenta BARIFFI: *ob. cit. (El régimen jurídico...)*, p. 66, «los Principios recogen proclamas que, desde la perspectiva del modelo social, y más concretamente desde el contenido normativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pueden resultar inconsistentes o, incluso, frontalmente opuestos. Por ejemplo, el apartado 6 del principio 1 parece avalar que las personas con enfermedad mental carecen de capacidad jurídica».

(principio 6), prohibición de malos tratos (principio 8.2), consentimiento informado –aunque admite excepciones– (principio 11), reconocimiento de la personalidad, vida privada, libertad de comunicación y religión (principio 13), entre otros.

Se enmarca en el modelo médico, dándole bastante protagonismo a las autoridades sanitarias, en particular en lo referente a la determinación de una enfermedad (principio 4.1), tratamiento (principio 9.2), medicación (principio 10.2), excepción al requerimiento de consentimiento informado (principio 11.8), etcétera.

Privilegia los tratamientos «en comunidad» o ambulatorios; no obstante, se regula en detalle los internamientos, distinguiendo entre aquellos que son voluntarios y los involuntarios, estableciéndose «salvaguardas», como la revisión de la medida (principio 17), garantías procesales (principio 18) o acceso a la información (principio 19).

En cuanto a la capacidad y su distinción entre capacidad de goce y de ejercicio, las regula a ambas, aunque de una forma particular. Así, la denominada por la doctrina «capacidad de goce» encontraría recepción en el derecho al «reconocimiento en todas partes como persona ante la ley» (principio 13.1)¹⁶⁴, pues los estudiosos son contestes en que la condición de «persona» implica de suyo «personalidad» e, igualmente, la «capacidad de goce» que es «estática» –en el sentido de que no varía en el sujeto dotado de personalidad– y representa un mínimo de capacidad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ *Recognition everywhere as a person before the law* (párrafo 13.1), también traducido al español como «reconocimiento en todas partes de su “personalidad jurídica” y en francés *personnalité juridique*. Vid. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 217 A (III), de 10-12-48 (artículo 6); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), de 16-12-66 (artículo 16). Vid. *Los derechos humanos en el sistema interamericano. Compilación de instrumentos*. CEJIL. Buenos Aires, 2009, pp. 3-10 y 57-82.

¹⁶⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 22 y ss.

Ahora bien, en el instrumento expresamente se alude a «capacidad jurídica¹⁶⁶», lo que es fácil interpretar como equivalente a los términos más técnicos de «capacidad de ejercicio», ello en razón de que la capacidad a la que se refieren los Principios es aquella que puede ser modificada por una decisión –preferiblemente judicial, según el modelo tradicional decimonónico–; de allí que se indique por la doctrina que es «dinámica», ya que cambia según determinadas circunstancias personales, como lo sería –al momento de la emisión de los Principios– la salud mental.

Este último aspecto comentado, referido al asunto terminológico, es en extremo relevante a la hora de analizar el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues ella igualmente se refiere a *legal capacity* o «capacidad jurídica», dato que ha sido objeto de varias interpretaciones. En todo caso, el sentido adecuado se vería despejado si se ponderara este antecedente y otros, como se verá *infra*.

1.1.4. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁶⁷

El documento elaborado en 1993 está compuesto por 22 artículos, un Preámbulo y una «Introducción» donde se destaca que en los anales de la humanidad se han manifestado varios enfoques sobre el tratamiento de la discapacidad.

¹⁶⁶ En igual sentido, se expresa la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: *legal capacity* (artículo 15). Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 34/180, de 18-12-79. *Vid.* ob. cit. (*Los derechos humanos...*), pp. 93 y ss.

¹⁶⁷ Adoptadas por la Asamblea General de la ONU, Resolución 48/96, de 20-12-93. Como se ha indicado, estas Normas Uniformes –al igual que los anteriores instrumentos– no tienen carácter vinculante, empero se ambicionaba que se convirtieran «en normas internacionales consuetudinarias cuando las apliquen un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de Derecho Internacional» (Introducción). Por su parte, la Observación general N.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: «Las Normas Uniformes son de gran importancia y constituyen una guía de referencia particularmente valiosa para identificar con mayor precisión las obligaciones que recaen en los Estados Partes en virtud del Pacto» (párrafo 7).

Así, por ejemplo, apunta a título de antecedentes que «... la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo», lo cual coincide con lo que se ha identificado como «modelo de prescindencia»; de seguida subraya que con el pasar del tiempo y, en parte, debido «... a la educación y a la rehabilitación, esas personas se han vuelto cada vez más activas y se han convertido en una fuerza motriz en la promoción constante de la política en materia de discapacidad» promoviendo la «integración y normalización», expresiones que coinciden con lo que se ha denominado «modelo médico-rehabilitador» y cierra la idea con palabras que se ajustan con el posicionamiento del «modelo social»:

Hacia fines del decenio de 1960, las organizaciones de personas con discapacidad que funcionaban en algunos países empezaron a formular un nuevo concepto de la discapacidad. En él se reflejaba la estrecha relación existente entre las limitaciones que experimentaban esas personas, el diseño y la estructura de su entorno y la actitud de la población en general...

En todas las sociedades del mundo hay todavía obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades. Es responsabilidad de los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos.

Según el anterior marco conceptual, las Normas Uniformes comienzan con acentuar que las personas con discapacidad «... son ciudadanos con los mismos derechos y las mismas obligaciones que los demás, y de justificar así las medidas encaminadas a eliminar todos los obstáculos que se opongan a su plena participación», *exempli gratia*, a través de «Una mayor autonomía y la creación de condiciones para la participación plena en la sociedad permitirán a esas personas aprovechar las oportunidades a su alcance» (artículo 1).

Por su parte, el artículo 2 se refiere a la rehabilitación: siendo que «Los Estados deben asegurar la prestación de servicios de rehabilitación para

las personas con discapacidad a fin de que logren alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad», así como actividades para «mejorar el ejercicio de una función afectada o a compensar dicha función».

Ya entrando, parcialmente, al tema de la «capacidad de ejercicio», las Normas Uniformes establecen, en su artículo 4, los «servicios de apoyo»:

Los Estados deben velar por el establecimiento y la prestación de servicios de apoyo a las personas con discapacidad, incluidos los recursos auxiliares, a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en la vida cotidiana y a ejercer sus derechos.

1. Entre las medidas importantes para conseguir la igualdad de oportunidades, los Estados deben proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad...

6. Los Estados deben apoyar la elaboración y la disponibilidad de programas de asistencia personal y de servicios de interpretación, especialmente para las personas con discapacidades graves o múltiples. Dichos programas aumentarían el grado de participación de las personas con discapacidad en la vida cotidiana en el hogar, el lugar de trabajo, la escuela y durante su tiempo libre.

7. Los programas de asistencia personal deben concebirse de forma que las personas con discapacidad que los utilicen ejerzan una influencia decisiva en la manera de ejecutar dichos programas.

Ciertamente, relacionado con la capacidad de ejercicio están los «servicios de apoyo»¹⁶⁸ o «medidas de apoyo». Concretamente, cuando se alude a los «asistentes», que serían aquellos individuos que coadyuvan para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos por medio de la exteriorización

¹⁶⁸ *Cfr.* Observación general N.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que los califica de «indispensable» para el derecho a un nivel de vida adecuado, «Dicha asistencia debe prestarse de forma que se respeten plenamente los derechos humanos de la persona o personas de que se trate» (párrafo 33).

de una voluntad o a identificar sus deseos o preferencias. En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se buscará fortalecer estas funciones, superando, en consecuencia, la «sustitución» como servicio primordial.

En lo tocante a la legislación nacional que se debe dictar –para adecuarse a las Normas Uniformes–, se establece que «Los Estados tienen la obligación de velar por qué las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, incluidos sus derechos civiles y políticos, en un pie de igualdad con los demás ciudadanos», por ende, «Deberá eliminarse toda disposición discriminatoria contra personas con discapacidad» (artículo 15).

En definitiva, este instrumento se ajusta parcialmente al modelo social, pues, además de desarrollar el acceso a los entornos y a la información «eliminando obstáculos a la participación» (artículo 5), promueve la educación integrada (artículo 6), el empleo con especial énfasis en «que se superen las actitudes negativas y los prejuicios que afecten a los trabajadores aquejados de discapacidad» (artículo 7), así como exhorta a «promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad» (artículo 9), y en materia de ejercicio de la capacidad, promueve la participación activa y reconoce la importancia de contar con servicios de apoyo, en especial en materia educativa y laboral, pero en los diversos estadios en que se demande la participación y que estos «asistentes», por ejemplo, cuenten con seguridad social cuando implique cuidados personales (artículo 8.3)¹⁶⁹.

¹⁶⁹ *Vid.* Observación general N.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «Las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda» (párrafo 28).

1.1.5. Normas para la Atención de la Salud Mental (diez principios básicos)¹⁷⁰

Instrumento que desarrolla los «Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental» y que alude a la «autodeterminación» (principio 5) a los efectos que el paciente consienta de manera informada antes de cualquier diagnóstico, tratamiento, uso de medicamento, terapia o cirugía. A los fines de la aplicación de este principio (5), se indican las siguientes acciones:

1. Suponer que los pacientes son capaces de tomar sus propias decisiones, a menos que se pruebe lo contrario; 2. asegurarse de que los prestadores de atención de salud mental no consideren sistemáticamente que los pacientes con trastorno mental son incapaces de tomar sus propias decisiones; 3. no considerar sistemáticamente que un paciente es incapaz de ejercer su autodeterminación con respecto a todos los componentes –ejemplo, integridad o libertad– por el hecho de que se lo haya encontrado incapaz con respecto a uno de ellos –ejemplo, la autorización dada para una hospitalización involuntaria no implica automáticamente una autorización para un tratamiento involuntario sobre todo si ese tratamiento es invasivo– (...) 5. requerir la opinión del paciente, al margen de su capacidad para dar su consentimiento, y prestarle la debida consideración antes de llevar a cabo acciones que afecten su integridad o libertad; pedir a alguien presuntamente incapaz de decidir acerca de lo que es bueno para él, que explique los motivos que puedan revelar, tras la opinión dada, una legítima preocupación para ser tenida en cuenta y, como tal, promueva el ejercicio de la autodeterminación; 6. guiarse por cualquier deseo expresado por un paciente antes de que este se vuelva incapaz de dar un consentimiento.

Estas normas son relevantes, ya que aluden expresamente a una presunción de capacidad de ejercicio en el caso de las personas con discapacidades

¹⁷⁰ Documento realizado por la División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, de la Organización Mundial de la Salud, 1996. *Vid. ob. cit. (Salud mental...)*, pp. 24-28.

mentales, incorpora el respeto a los deseos del paciente –lo que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se convertirá en el deber de atender a «la voluntad y las preferencias»–. En el principio 6, referido al «derecho a ser asistido en el ejercicio de la autodeterminación» se desarrollan las medidas de apoyo, como la asistencia, y en los principios 7 y 8 se indican algunas salvaguardas, como la revisión periódica de las medidas que se tomen y los recursos disponibles.

1.1.6. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹⁷¹

Observando los anteriores instrumentos y otros en el ámbito regional, la comunidad americana preparó un instrumento vinculante que toma como premisa la «dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano» (Preámbulo), la cual está compuesta por 14 disposiciones y que evidentemente influenciaron el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en algunos aspectos.

Así, por ejemplo, promueve «la integración social o el desarrollo personal» (artículo 1.2.b); demanda trabajar en «La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales» (artículo 3.2.c); persigue «facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad» (artículo 4.2.b), por lo que se enmarca en un modelo social.

En lo tocante a la capacidad de ejercicio, la Convención Interamericana, en su artículo 1, alude a la «discriminación contra las personas con discapacidad» y subraya que esta puede tener como efecto «impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales» (artículo 1.2.a). Empero, a continuación, establece que «En los casos en que la

¹⁷¹ Adoptada por la Asamblea General de la OEA, de 07-06-99. *Vid. ob. cit. (Los derechos humanos...)*, pp. 141 y ss.

legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación» (artículo 1.2.b).

Como se aprecia, este instrumento internacional resulta ser bastante timorato en este último punto, pues uno de los aspectos que mayores restricciones ocasionan en el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidades son los regímenes de representación, en los cuales se sustituye la voluntad del titular del derecho por la del representante, siendo que la interdicción como figura tradicional produce una tutela o curatela según las legislaciones nacionales y una limitación severa al ejercicio personal y directo de las facultades.

1.1.7. Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual¹⁷²

Este instrumento compuesto por nueve párrafos, aunque no es vinculante, hace pronunciamientos bastante pormenorizados en la materia que nos ocupa. A título de precedentes, señala «las desventajas y barreras históricas que las personas con discapacidades han enfrentado», así como:

... que las personas con discapacidades intelectuales han sido frecuentemente excluidas de la toma de decisiones sobre sus derechos humanos, salud y bienestar, y que las leyes que nombran representantes personales, sustitutos o tutores se han usado históricamente para negarles su derecho a tomar esas decisiones;

Preocupados por que la libertad de las personas con discapacidades intelectuales para tomar sus propias decisiones frecuentemente es ignorada, removida o sujeta a abusos...

Específicamente, declara el deber de reconocer la «autodeterminación» de las personas con discapacidades intelectuales (párrafo 2); la «inclusión

¹⁷² Conferencia de Montreal sobre la discapacidad intelectual de la Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, de 5 y 6 de octubre de 2004. *Vid. ob. cit. (Salud mental...)*, pp. 28 y 29.

social» (párrafo 4); igualdad en «ejercer sus derechos» y a contar con «adecuaciones o apoyos» (párrafo 5); y en lo tocante a la capacidad de ejercicio dedica un largo párrafo 6, señalando:

a. Las personas con discapacidades intelectuales tienen los mismos derechos que las otras personas a tomar decisiones sobre sus propias vidas. Aún las personas que tienen dificultad para escoger sus preferencias, tomar decisiones y comunicarlas, pueden tomar decisiones acertadas para mejorar su desarrollo personal, sus relaciones y participación comunitaria. Consistente con el deber de adecuar que es establecido en el párrafo 5.b, las personas con discapacidades intelectuales deben ser apoyadas para hacer esas decisiones, comunicarlas y que sean respetadas. Consecuentemente, cuando los individuos tienen dificultad para tomar decisiones independientes, las políticas y leyes deben promover y reconocer la toma de decisiones apoyada. Los Estados deberán brindar los servicios y el apoyo necesario para facilitar que las personas con discapacidades intelectuales tomen decisiones significativas sobre sus propias vidas.

Como se aprecia, la Declaración coloca particular énfasis en la autodeterminación y al hecho de que por poseerse una discapacidad intelectual, ella no debe implicar una restricción a la autonomía, pues todos los individuos pueden tener facultades de decidir sobre su propio destino e intereses. Ahora bien, para garantizar en la práctica la toma de decisiones cuando surjan dificultades en razón de la diversidad funcional, se deben facilitar «apoyos»¹⁷³ para que se logre exteriorizar la voluntad, comunicarla y que se respete la misma.

b. Bajo ninguna circunstancia las personas con discapacidades intelectuales serán consideradas totalmente incompetentes para tomar decisiones con base en su discapacidad. Es solamente bajo las circunstancias más extraordinarias que el derecho de las personas con discapacidades intelectuales a tomar sus propias decisiones puede ser legalmente interrumpido.

¹⁷³ En inglés: *supported*, es decir apoyos, respaldos o ayudas.

Cualquier interrupción de este tipo deberá ser por un periodo de tiempo limitado, sujeto a revisiones periódicas con relación a la decisión específica por la cual se ha determinado por una autoridad independiente que la persona carece de capacidad jurídica.

Más significativa es la posición de censurar las declaraciones judiciales de incapacidad «total» –como la que todavía se permite en el Derecho interno venezolano, según el régimen del Código Civil– la cual ocurría con la interdicción y el régimen de representación que se constituye en completa sustitución del pupilo.

En tal sentido, este Documento exhorta a un cambio de enfoque en el entendido de que la representación o sustitución solo puede operar de manera excepcional y limitada¹⁷⁴ cuando las medidas de apoyo de asistencia no se adecuen a la situación concreta, hipótesis en la cual con la medida excepcional deberán implementarse determinadas salvaguardas en protección a la capacidad de obrar. A saber:

c. La autoridad independiente arriba mencionada debe encontrar evidencia clara y convincente de que aún con los apoyos apropiados, todas las alternativas menos restrictivas de nombrar un representante personal sustituto han sido previamente agotadas. Esta autoridad independiente deberá respetar el derecho al debido proceso, incluyendo el derecho individual a ser notificado, ser oído, presentar evidencias, identificar expertos para testificar en su favor, ser representado por uno o más individuos de su confianza y elección para sustentar cualquier evidencia en la audiencia y apelar cualquier decisión ante un tribunal superior. El representante personal, sustituto o tutor debe tomar en cuenta las preferencias de la persona con discapacidades intelectuales y hacer todo lo posible por tomar la decisión que esa persona hubiera tomado si lo pudiera hacer.

¹⁷⁴ En inglés: *most extraordinary of circumstance and only be for a limited period of time.*

Cierra este párrafo recalcando que, aunque se establezca una medida de sustitución –*surrogate decision-maker*– ello no enerva el derecho del titular –persona con discapacidad psicológica– de que se trate de inquirir su voluntad o se pondere sus preferencias y deseos, incluso presuntos, colocándose para tal fin el tutor o representante en la posición del pupilo a los fines de indagar cuál hubiera sido su determinación en un particular supuesto.

Las anteriores recomendaciones serán tomadas en cuenta por el grupo de expertos encargados de elaborar la Convención y obtendrán finalmente resonancia en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como se verá *infra*.

Como corolario se puede advertir, al principio, que de los diversos documentos que se comentaron brevemente se evidencia un tenue interés en el tema de la capacidad jurídica o de obrar, pero en la medida en que se fue posicionando el modelo social en los últimos varía significativamente hacia una clara regulación del asunto, como es el caso de la Declaración de Montreal, y ello, fehacientemente, sirvió de punto de partida para la construcción, discusión y aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1.2. Antecedentes directos

Corresponde en este apartado identificar y analizar los documentos –informes, proyectos, propuestas, etcétera– que sirvieron de soporte al Comité Especial que presentó el texto que terminó aprobándose como Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, poniendo particular interés en el tema de la capacidad de ejercicio –o «capacidad jurídica» como se le denomina a nivel internacional–.

En efecto, a los fines de preparar un proyecto de convención internacional que regulara los derechos de las personas con discapacidad se instituyó un Comité Especial, el cual, a su vez, estableció un Grupo de Trabajo para

que presentara un documento que sirviera de base para las negociaciones y la construcción de consensos dentro del Comité *ad hoc*, y así este consiguiera elaborar un instrumento que pudiera ser sometido a la aprobación por los Estados miembros y lograr su aprobación final.

El Grupo de Trabajo inició su labor en enero de 2004 y estuvo integrado por representantes de algunos Gobiernos –por ejemplo, contó con un representante de Venezuela– y organizaciones vinculadas con la protección de los derechos de las personas con discapacidad; tuvo a la vista varias propuestas que les fueron presentadas por la presidencia del Comité Especial, por los Estados¹⁷⁵ y por instituciones de derechos humanos, entre otros aportes.

Producto de la revisión de los materiales y las discusiones del Grupo de Trabajo, se elaboró un proyecto que fue mutando según las distintas reuniones del Comité Especial y que arrojaron varios instrumentos, a saber:

1.2.1. Proyecto de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad¹⁷⁶

Gran parte de la estructura y del contenido del texto que se aprobó como Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene su génesis en este proyecto –que a su vez posee otros antecedentes–.

Así, por ejemplo, la referencia en el Preámbulo a garantizar que las personas con discapacidad «ejercen plenamente y sin discriminación» los derechos humanos que les pertenece (c) o la promoción a «su plena participación» (j en el Proyecto y m en la Convención) se ubican en ambos

¹⁷⁵ Por ejemplo, Venezuela presentó un «Proyecto de Convención amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad», 18-06-03 (A/AC.265/2003/WP.1), *vid.* www.un.org.

¹⁷⁶ *Vid.* Informe del Grupo de Trabajo 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 (A/AC.265/2004/WG.1, anexo 1), de 27-01-04.

instrumentos, igual «k. Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones» (en la Convención letra n).

En cuanto al «Igual reconocimiento como persona ante la ley» que es el artículo que alude al tema de la capacidad de ejercicio en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 12), el Proyecto estableció lo siguiente:

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;
- b. Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico;
- c. Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia:
 - i. Esta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades;
 - ii. Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan;
- 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;
- 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 su propiedad de modo arbitrario.

Aunque el texto definitivo que se aprobó varía en algunos términos y estructura, mantiene las siguientes premisas básicas:

Primera: reconocimiento de la personalidad jurídica que el Proyecto se denomina «sujeto de derecho» –*individuals with rights*– (a) y de la capacidad jurídica como sinónimo de capacidad de obrar, en el Proyecto se califica de «plena» –*full legal capacity*– (b). Lo que implica desarrollar el binomio clásico en esta materia que escinde entre capacidad de disfrute y de obrar, aunque no con la más clara terminología, pues la capacidad de goce encuentra recepción en el reconocimiento de la personalidad en todo individuo, y la de ejercicio se denomina «capacidad jurídica».

Segunda: en cuanto al «ejercicio» alude a asistencia –*assistance*, que en la Convención se identifica como medidas de apoyo– y enfatiza que la misma debe adecuarse a las necesidades concreta de la persona (c.i), al comentarse esta disposición –en nota al pie de página– se indica que lo que se persigue es que «pueda ejercer su capacidad jurídica y parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla». Se reconoce asistencia a los fines de «expresar sus decisiones, opciones y preferencias» –*to express their decisions, choices and preferences*– (d). Por su parte, la Convención alude a medidas que «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias» –*respect the rights, will and preferences*–.

Tercera: también deberán tomarse «salvaguardas jurídicas» –*legal safeguards*– (c.ii) o «medidas adecuadas y efectiva» –*appropriate and effective measures*– (e), que para los proyectistas –según nota al pie– serían «excepcionales» –*apply only in exceptional circumstances*– y demandarían un procedimiento judicial «para proteger a las personas con discapacidad que no pueden ejercer su capacidad jurídica», pareciera entonces que tales

medidas encuadran en la «representación». En todo caso, expresan sus dudas sobre «si el apartado es suficientemente claro» y, como se puede observar de la lectura del texto aprobado, ciertamente, se cambió la redacción.

Cuarta: se mencionan supuestos específicos de ejercicio de la capacidad donde es proclive la discriminación, así se indican «ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos» entre otros (e), así como que «no se vean privadas de su propiedad» —*deprived of their property*— o de sus «bienes» de forma arbitraria (f) —ídem según la Convención—.

Se deduce con nitidez la intención de los redactores del Proyecto de reconocer como regla general la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad, superando así las continuas limitaciones de la misma en razón de discapacidad. Ahora bien, para ello se incorpora la asistencia como modelo complementario cuando se requiera y siempre ajustado a las circunstancias concretas, respetando la voluntad o preferencia del titular¹⁷⁷. Se titubea sobre si se demanda mantener mecanismos de sustitución o representación, aunque en todo caso serían medidas extraordinarias y dictadas bajo puntuales salvaguardas, tales como atendiendo al trámite legalmente establecido, que sean adecuadas, que se ponderen las preferencias personales y siempre que tales medidas no sean arbitrarias¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría manifiesta su preocupación de que el texto del proyecto se distorsione en cuanto al «concepto de “asistencia para el ejercicio de la capacidad jurídica” pueda convertirse inadvertidamente en sustitución de la toma de decisiones si no se comprende adecuadamente la naturaleza fundamental de la libertad de tomar las propias decisiones. Nos gustaría ver un reconocimiento explícito de que la asistencia nunca debe imponerse a una persona que se opone a ella, y que la persona que está siendo asistida conserva la autoridad final de toma de decisiones en su propia vida», por tanto, se afirmó en el debate «El artículo 9 del Proyecto de texto contiene los elementos esenciales para la eliminación de la sustitución en la toma de decisiones y la prestación de asistencia a quienes la deseen (...) lo que significa el derecho a tener la opción final en la toma de decisiones propias». *Vid. Background documents*, <https://www.un.org>, tercer periodo.

¹⁷⁸ El Foro Europeo de la Discapacidad manifestó su apoyo al artículo 9 del Proyecto aclarando que «El enfoque de este artículo debe ser ayudar a las personas con

1.2.2. Recopilación de propuestas de revisión y modificaciones formuladas por los miembros del Comité Especial al Proyecto de Convención¹⁷⁹

Continuando con el proceso de construcción de la Convención, el «Proyecto» preparado por el Grupo de Trabajo fue objeto de revisión por los miembros del Comité *ad hoc*, y producto de ese análisis se hicieron propuestas y añadidos que se integraron a un informe. En lo que corresponde al artículo 9 del Proyecto antes reproducido, se destacan las siguientes sugerencias:

En lo referente al punto c.ii del Proyecto, se propone por la Unión Europea que las decisiones sean adoptadas «por una autoridad competente, independiente e imparcial», lo cual se incorporará al texto definitivo con el añadido que podrá ser una autoridad o un órgano judicial (artículo 12.4.). Por su parte, Costa Rica pedirá que entre las salvaguardas se añada «incluida una revisión periódica» —la Unión Europea se referirá a «incluidas disposiciones para su revisión»—, el texto de la Convención establece «sujetas a exámenes periódicos» —*subject to regular review*—.

Ahora bien, Canadá efectuó una propuesta para una nueva redacción del artículo proyectado, que se centra claramente en la capacidad jurídica —*legal capacity*—, que se ha interpretado como capacidad de ejercicio, y que regula las medidas de apoyo —*assistance*— adecuándolas al grado necesario y a las circunstancias particulares (2), permite la declaración de incapacidad de ejercicio, es decir, cuando se carece de la capacidad —*can find an adult not to have legal capacity*—, estableciendo, en consecuencia, la

discapacidad, que así lo necesiten, a ejercer su capacidad jurídica. Este artículo debe tener como consecuencia la abolición de todas las leyes de tutela anticuadas y mal concebidas» (ídem).

¹⁷⁹ *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 (A/AC.265/2004/5, anexo II), 09-06-04.

designación de sustituto que ejerza los derechos en nombre de la persona «incapacitada»¹⁸⁰, véase:

1. Los Estados Partes reconocerán que, en materia civil, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica 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.

¹⁸⁰ En el mismo orden de ideas se expresa la ONG de Australia, pues apunta: «si creemos que existen situaciones en las que una persona con discapacidad carece de hecho de la capacidad para comprender la naturaleza y el efecto de las decisiones que le afectan —una persona en coma es un ejemplo de ello—, y donde una persona con una discapacidad entiende la naturaleza y el efecto de las decisiones que le afectan, pero por diversas razones puede no ser capaz de ejercer esa capacidad jurídica. En ambos casos en los que se requiere tomar una decisión de importancia, creemos que la legislación y las estructuras de tutela adecuadamente salvaguardadas siguen siendo una parte esencial de una gama de opciones de toma de decisiones asistidas y sustitutivas». Para el Centro de Derechos Humanos de Israel para Personas con Discapacidad: «debe reconocerse en un lenguaje claro la posibilidad de que las personas con discapacidad no puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica, aunque se les preste plena asistencia, por razón de su discapacidad. Junto a ello, se deben señalar claramente las medidas que deben adoptarse para protegerse contra la supresión excesiva o desproporcionada de la capacidad jurídica». En similares términos, Indian NGO Consultative Meeting. *Cfr.* ob. cit. (*Background documents*), tercer periodo. En contra, se manifiesta International Disability Caucus para quienes las medidas sustitutivas deben eliminarse por el riesgo que ellas representan y mantenerse el derecho a recibir apoyos para la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad. *Cfr.* *ibíd.*, séptimo periodo.

3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, en virtud de una norma y de un procedimiento establecidos 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 jurídica 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;
 - b. Los representantes personales tengan en cuenta, en la mayor medida posible, las decisiones, opciones y preferencias del adulto.

Se puede visualizar que esta fórmula se asemeja un poco a la estructura del texto definitivo de la Convención –en cuanto a la numeración arábica y el inicio de cada párrafo con «Los Estados Partes...»– y que la referencia al «derecho internacional en materia de derechos humanos», como límite a la representación, la Convención la emplea como exigencia para prevenir abusos en las medidas a tomar en relación con la capacidad de ejercicio.

En todo caso, diversos sectores manifestaron su preocupación por el nivel de detalle de la disposición –OIT o Uruguay¹⁸¹– y algunos propusieron

¹⁸¹ La propuesta de Uruguay de artículo 9 señalaba como fundamentación: «queremos expresar que si bien no encontramos conveniente incluir en los textos tantas especificaciones, en este caso, creemos que es sumamente necesario hacerlo con el fin de aclarar y contribuir a que el contenido del instrumento no de lugar a interpretaciones equívocas en concordancia con el espíritu recogido en el artículo 9 y lo manifestado en la oportunidad por la Unión Mundial de Ciegos durante su intervención, debido a que existen importantes limitaciones al ejercicio de los derechos mencionados en este artículo». En ese orden, por ejemplo, Chile hace una recomendación «en interés de salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas que se encuentran tan perjudicadas que requieren asistencia de forma más continua, apoyo o asistencia de terceros en el ejercicio de su capacidad jurídica –que es denominada asistencia formal–, la Convención debería disponer que dicha asistencia sea siempre estrictamente excepcional y vaya acompañada de una

que su desarrollo se efectuara en artículos separados –ONG de Australia, Red de Sobrevivientes de Minas Terrestres, Chile–¹⁸².

1.2.3. Informe del Coordinador al Comité Especial en su quinto periodo de sesiones¹⁸³

Este instrumento recoge las consultas efectuadas durante dicho ciclo de reuniones, en las cuales se destaca que se tomó como «base de las deliberaciones» el Proyecto, las enmiendas y propuestas previas.

En el instrumento examinado, los redactores son enfáticos en que el objetivo fue «aclarar» los diversos puntos controversiales e indicar «si se logró un acuerdo sobre la redacción y los casos en que sigue existiendo una divergencia de opiniones que deberá resolverse en reuniones posteriores». Ahora bien, en cuanto al artículo 9, que es el que alude al tema de la capacidad de ejercicio, se indica lo siguiente:

Proyecto de artículo 9

15. Se acordó reestructurar el proyecto de artículo 9 basándose en el texto propuesto por la facilitadora Rebecca NETLEY (Canadá) en consultas

serie de salvaguardias para la protección de las personas, incluida la adopción de una decisión sobre el debido proceso sancionada por tribunales debidamente constituidos –entre otras cosas, el derecho a ser debidamente notificado o informado, el derecho a tener plena respuesta y defensa, tener tiempo para producir pruebas, el derecho a apelar y revisiones periódicas–, la participación de un defensor público en el proceso para proteger los intereses de la persona con discapacidad; el marco para la decisión sobre la asistencia formal debe ser siempre el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, la supervisión periódica para garantizar que dicha asistencia sea adecuada». *Cfr.* *ibíd.*, tercer y cuarto periodos.

¹⁸² *Ídem.*

¹⁸³ *Vid.* Informe del Comité Especial en su quinto periodo de sesiones (anexo II), 23-02-05 –se revisaron los artículos 7 (párr. 5), 8, un nuevo artículo 8 *bis*, 9, un nuevo artículo 9 *bis*, 10, 11, 12, un nuevo artículo 12 *bis*, 13, 14 y 15–. En el Informe del Comité Especial en su cuarto periodo de sesiones (anexo IV), 14-09-04, se examinaron los artículos 4, 5, 6 y 7 del Proyecto y en el Informe del sexto periodo (anexo II), 17-08-05, se discutieron los artículos 15, 15 *bis*, 24 *bis* y 16 a 25 del Proyecto de Convención.

oficiosas. Se acordó en general que las cuestiones que figuraban en los apartados d, e, y f del texto del Grupo de Trabajo, que no se habían abordado en la propuesta de la facilitadora, se deberían incluir en otros artículos de la Convención.

16. Se tomó nota de una propuesta de establecer un recurso eficaz para los casos en que se violaran los derechos y las libertades a que se refiere la Convención, y se acordó considerar la propuesta en una etapa posterior.

Párrafo 1

17. Se celebraron extensas deliberaciones sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 9 y se acordó utilizar el texto del párrafo 1 preparado por la facilitadora, tras celebrar consultas oficiosas sobre el apartado a. del texto del Grupo de Trabajo, enmendado como sigue:

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

Párrafo 2 Encabezamiento

18. No hubo acuerdo general sobre la redacción del encabezamiento del párrafo 2, incluido el significado del término «capacidad jurídica». Algunas delegaciones expresaron su preocupación por ese término y dijeron que, en caso de utilizarse, se debería traducir a los idiomas nativos e interpretarlo en consecuencia¹⁸⁴. Se acordó que antes de la celebración del sexto periodo de sesiones del Comité Especial, las delegaciones considerarían individualmente la redacción actual basada en las propuestas de la facilitadora, y que el Comité Especial consideraría si se mantenía la oración «o la capacidad para actuar», que no se utilizaba en artículos comparables de otras convenciones, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

¹⁸⁴ Por ejemplo, Chile había indicado sobre el Proyecto: «Con respecto al inciso (c), debe tenerse en cuenta que, por ley, la capacidad jurídica implica: i. Capacidad de disfrutar: la capacidad de adquirir derechos que son inherentemente irrestrictos; ii. Capacidad de ejercicio: capacidad de actuar en el ámbito de la ley, incluso para asumir obligaciones. Esta última capacidad podrá requerir en circunstancias muy excepcionales la asistencia de terceros». *Cfr.* ob. cit. (*Background documents*), cuarto período.

19. Se señaló que la oración «en la medida de lo posible» se refería al grado de recursos disponibles, y no a la capacidad de las personas con discapacidad.

20. El texto del encabezamiento que las delegaciones deberían examinar antes del sexto periodo de sesiones del Comité Especial reza como sigue:

«2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [plena capacidad jurídica]¹⁸⁵ en pie de igualdad con los demás en todas las esferas y garantizarán, en la medida de lo posible, que cuando se precise apoyo para ejercer [esa capacidad] [la capacidad para actuar]¹⁸⁶»:

Apartado a:

21. Hubo acuerdo general sobre el apartado a, que reza como sigue:

«a. La asistencia prestada sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con sus derechos, y respete la voluntad y las preferencias de las personas y esté libre de conflictos de intereses e influencias indebidas. Cuando proceda, ese apoyo estará sujeto a un examen periódico e independiente».

Apartado b:

22. No hubo acuerdo sobre el apartado b. Algunas delegaciones consideraron que el apartado no era necesario, ya que la cuestión estaba adecuadamente incluida en el apoyo esbozado en el apartado a, y que una mención separada y adicional de la cuestión en el apartado b podría fomentar una utilización excesiva por los Estados partes y socavar el concepto de que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y el concepto del apoyo a la adopción de decisiones¹⁸⁷. Sin embargo, otras delegaciones deseaban que se incluyera una mención separada de la

¹⁸⁵ En nota al pie el instrumento aclara: «En árabe, chino y ruso el término “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica para disfrutar de los derechos”, en lugar de a la “capacidad jurídica para actuar”».

¹⁸⁶ Corchetes en el original.

¹⁸⁷ *Vid.* la propuesta conjunta del Grupo africano que sugiere incluir un apartado a la propuesta original sobre las medidas de asistencia: «Proporcionar a las personas con discapacidad servicios de apoyo adecuados para desarrollar redes para la toma de decisiones con apoyo». *Cfr.* ob. cit. (*Background documents*), cuarto periodo.

representación personal¹⁸⁸ y las salvaguardias para su uso, aunque algunas consideraron que la redacción del apartado b era demasiado específica.

23. En la actualidad el apartado b reza como sigue:

«b. En los casos en los que los Estados partes dispongan un procedimiento, que se establecerá por ley, para el nombramiento de un representante personal como último recurso, esa ley proporcionará salvaguardias apropiadas, entre ellas el examen periódico del nombramiento y de las decisiones adoptadas por el representante personal por un tribunal competente, imparcial e independiente. El nombramiento y la conducta del representante personal se guiarán por principios conformes a esta Convención y las normas internacionales de derechos humanos».

Se constata que la propuesta varía con relación a la inicial concepción que traía el Proyecto, pues aquí se hace una reestructuración que toma como base una nueva proposición –también de Canadá– pero ello es parcial, ya que, a grandes rasgos, se siguen las premisas fundamentales del Proyecto aunque se empleen otros términos y se suprima algunos contenidos –*verbi gratia*, los literales d, e y j del Proyecto–.

Ciertamente, interesa señalar que el nuevo párrafo 1 del artículo 9 coincide con el aprobado (artículo 12.1). Ahora bien, el texto definitivo es más técnico al aludir a la personalidad en términos similares a otros tratados internacionales¹⁸⁹ y es coherente con el epígrafe del artículo en comentario

¹⁸⁸ En efecto, Canadá había hecho una propuesta durante el cuarto periodo de sesiones donde se regulaba este asunto: «3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, con arreglo a una norma y un procedimiento establecidos por la ley, incluida la posibilidad de revisión, puede encontrar una persona incapaz de ejercer su capacidad jurídica con apoyo. Los Estados partes dispondrán por ley un procedimiento con garantías apropiadas, incluida la posibilidad de revisión, para el nombramiento de un representante personal para ejercer la capacidad jurídica en nombre de la persona» (ídem).

¹⁸⁹ *Exempli gratia*, Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 3; Convención Internacional

que se identifica con el título de «Igual reconocimiento como persona ante la ley»¹⁹⁰.

Uno de los aspectos espinosos del artículo corresponde al empleo de los vocablos «capacidad jurídica» con la intención de aludir a la capacidad de ejercicio y sus implicaciones, pues el mismo no es uniforme, como ya se ha destacado *supra*. En efecto, en varios ordenamientos tales vocablos hacen referencia a la capacidad de «goce» y no a la de «obrar», tal es el caso de, por ejemplo, España. Por lo anterior, el mismo informe propone analizar la posibilidad de emplear como sustituto «capacidad para actuar» –*capacity to act*–. Ahora bien, el hecho de que otros instrumentos internacionales emplearan las voces de «capacidad jurídica»¹⁹¹ –como el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer– parece ser de suficiente peso para que los redactores mantuvieran su empleo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En síntesis, podría sostenerse que el párrafo 2 de esta nueva propuesta se desdoblará en lo que en definitiva terminan siendo los párrafos 2 y 3 de la Convención, regulando la igualdad en lo referente a la capacidad (2) y los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad (3).

La nueva propuesta acoge dos apartados que contienen especificaciones sobre asistencia –medidas de apoyo– (a) y representación y salvaguardas (b), ellos se convertirán en la versión aprobada en los párrafos 3 y 4 de la Convención.

sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), artículo 24. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), alude a «sujeto de derechos y obligaciones» (artículo 27).

¹⁹⁰ Vale comentar que Chile había sugerido cambiar la denominación por una que se aproximara más a la capacidad jurídica, que es lo que mayormente se trata en el artículo. *Cfr.* ob. cit. (*Background documents*), cuarto periodo.

¹⁹¹ *Vid. Legal capacity: background conference document* –Capacidad jurídica: documento de antecedentes–, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/AC.265/2005/CRP.5).

En definitiva, la nueva propuesta aporta la estructura que tendrá el texto de la Convención y mantendrá muchas de las premisas del Proyecto original, aunque con una nueva redacción; así tenemos que los párrafos se organizan de la siguiente forma: reconocimiento de la personalidad jurídica (1), igualdad en la capacidad jurídica (2), medidas de apoyo (literal a de la propuesta y párrafo 3 de la Convención) y salvaguardas (literal b de la propuesta y párrafo 4 de la Convención).

1.2.4. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (texto de trabajo)¹⁹²

En esta oportunidad, el Comité Especial ofrece un documento que contiene una estructura muy similar a la que se aprobó, así los 33 artículos del nuevo papel de trabajo coinciden con la ubicación y las materias que se aprobaron, aunque igualmente se indican dudas, sugerencias y diversidad de posiciones.

Así, por ejemplo, en el caso del artículo 12, que es el que de ahora en adelante va a regular el asunto de la capacidad de ejercicio, se reproduce la propuesta aprobada en el anterior periodo de secciones –con puntuales variantes de estilo–, pero además se proponen un texto alterno de párrafo 2 y un nuevo párrafo 3 que toma como base el proyecto original aprobado por el grupo de trabajo¹⁹³. Véase:

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

¹⁹² *Vid.* Informe del Comité Especial en su séptimo periodo de sesiones (anexo II), 13-02-06.

¹⁹³ Como se puede cotejar de los antecedentes, esta nueva fórmula corresponde a la posición de la Unión Europea elaborada en conjunto con Canadá, Australia, Noruega, Costa Rica, Estado Unidos y Liechtenstein. *Cfr.* ob. cit. (*Background documents*), séptimo periodo.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad disfrutan¹⁹⁴ de capacidad jurídica en pie de igualdad con otras personas en todos los aspectos de la vida.
 - 2 *bis*. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otro tipo apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁹⁵.
 - 2 *ter*. Los Estados Partes asegurarán que todas las medidas legislativas o de otro tipo relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen salvaguardias apropiadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los 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 judiciales periódicos, imparciales e independientes. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean adecuadas y eficaces para garantizar el derecho en pie de igualdad de las personas con discapacidad a 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

¹⁹⁴ La propuesta propone sustituir «tener» –*have*– por «disfruta» –*enjoy*– y así se aprobó en el texto definitivo. Empero, en la versión en español se empleó «tienen».

¹⁹⁵ Este párrafo sigue la propuesta de la International Disability Caucus, lo que es relevante por cuanto dicha organización no gubernamental, fue enfática en su participación sobre la necesidad de un «cambio de paradigma» en esta materia, pues «Las leyes de tutela asumen que algunas personas no tienen la capacidad de tomar decisiones legalmente vinculantes», en cambio, «La toma de decisiones apoyada significa que una persona puede aceptar ayuda para tomar decisiones sin renunciar al derecho a tomar decisiones». *Cfr. ob. cit. (Background documents)*, quinto periodo.

financiero, y asegurarán que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria¹⁹⁶.

Como se puede cotejar de la lectura de la propuesta alternativa y el texto de la Convención, es palpable sus semejanzas –los párrafos 1 y 2 son idénticos e igual el 5 salvo el encabezado–, tanto en estructura (aunque en el texto definitivo se divide en 5 párrafos) como en la materia tratada, solo variando en algunos aspectos de estilo y vocablos empleados que fueron sustituidos por términos más apropiados: «tomarán todas las medidas legislativas y de otro tipo apropiadas» por «adoptarán las medidas pertinentes» (párrafo 3); «medidas legislativas o de otro tipo relativas» por «medidas relativas» y «exámenes judiciales periódicos» por «exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente» (párrafo 4).

1.2.5. Proyecto de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁹⁷

A la postre, el Comité Especial concluyó sus deliberaciones y entregó un proyecto de Convención y un protocolo facultativo. En cuanto a la norma aquí examinada –artículo 12–, no se ven cambios relevantes.

Del recorrido hecho por los diversos antecedentes directos e indirectos, se puede apreciar que la disposición sobre el igual reconocimiento de la personalidad representa una de las bases fundamentales sobre el cual se edifica todo el proyecto normativo¹⁹⁸, pues sin la plena garantía de la capacidad

¹⁹⁶ Este numeral corresponde en su mayoría a la propuesta que realizó la Unión Europea. *Cfr. ob. cit. (Background documents)*, quinto y séptimo, periodos.

¹⁹⁷ *Vid.* Informe del Comité Especial en su octavo periodo de sesiones (anexo II), 01-09-06.

¹⁹⁸ La International Disability Caucus menciona como principios generales sobre el cual se sustenta el Proyecto de Convención «i. Autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; ii. no discriminación; iii. aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad humana y de la humanidad; iv. inclusión y participación igualitaria en la sociedad». *Cfr. ob. cit. (Background documents)*, quinto periodo.

de ejercicio en igualdad de condiciones es muy difícil de asegurar, en la práctica, el ejercicio y disfrute real de los demás derechos fundamentales que menciona la Convención y que le corresponden a toda persona con discapacidad por el solo hecho de ser persona.

Lo anterior justifica la preocupación de los entes intervinientes en que la norma del artículo 12 fuera lo suficientemente clara y comprensiva del fenómeno para de dicha forma se convirtiera en un verdadero punto de inflexión sobre los urgentes cambios que deben sucederse en los Derechos internos con su aplicación.

A lo largo de los diversos debates, se pudo construir un consenso en cuatro líneas cardinales que al final fueron aprobadas:

Primera: la necesidad de garantizar la igualdad en el reconocimiento de la personalidad y, en consecuencia, no limitar la capacidad de ejercicio por el hecho de presentar el sujeto una diversidad funcional.

Segunda: establecer el derecho a requerir medidas de apoyos como complementos para que la persona con discapacidad pueda en igualdad ejercer sus derechos.

Tercera: indicar salvaguardas específicas para evitar en la práctica que las medidas de apoyo se conviertan en limitaciones arbitrarias que impidan el ejercicio de la capacidad y que, excusándose en una protección objetiva, terminen conculcando la autodeterminación del sujeto titular.

Cuarta: tipificar escenarios concretos en los cuales históricamente se han restringido los derechos a las personas con discapacidad.

Donde el consenso se complicó fue en lo referente a la posibilidad de medidas sustitutas o de representación (párrafo 4). Al respecto, se buscó una solución ecléctica en el sentido de no aludir en la terminología a «representante»,

«sustituto», «tutela», «defensor» o similares y, en cambio, aludir a diversas salvaguardas sustantivas y adjetivas que garanticen que «las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica» no serán abusivas y respetarán los derechos, voluntad y preferencias.

La anterior solución permitió la construcción de las anuencias necesarias para la aprobación final. Ello, en el sentido de que ni se regulan expresamente la tutela, ni se la prohíbe taxativamente, dejando un campo de acción para que los Derechos nacionales efectúen sus adecuaciones con miras a promocionar y fortalecer los apoyos como medida preferente.

Finalmente, este repaso histórico sobre las fuentes «materiales» del actual artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no es meramente anecdótico, pues, como se puede observar de su propio texto, las salvaguardas deben ponderarse «de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos» y, si bien para el momento de su aprobación existían escasas normas vinculantes en esta materia, no puede olvidarse la influencia que tuvo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 15) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, además de las normas blandas *–soft law–* antes comentadas.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, a su vez, que, según las normas generales de interpretación de los tratados que se ubican en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁹⁹, se alude a buena fe, la literalidad, el objetivo y el fin (artículo 31) y en particular:

Artículo 32.- Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los

¹⁹⁹ *Vid. Derecho de los tratados internacionales*. Editorial Liber. J. ÁLVAREZ, compilador. Caracas, 2008, p. 73.

trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a. deje ambiguo u oscuro el sentido; o b. conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Conforme a lo anterior, el examen de los instrumentos que conforman lo que se ha denominado «fuentes directas» debe efectuarse a la hora de la interpretación de aquellos puntos confusos o sombríos del aludido artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular del párrafo 4, como se verá *infra*.

2. PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En otra oportunidad²⁰⁰, se ha indicado que junto a los principios generales que informan un determinado ordenamiento jurídico subyacen otros que se han denominado «principios sectoriales», es decir, aquellos que se aplican a una determinada área de lo normativo, institución o figura jurídica.

Ciertamente, si bien hoy en día nadie duda sobre el carácter vinculante de los principios generales del Derecho²⁰¹ –tales como: dignidad humana, libertad, buena fe e igualdad– y su cardinal función interpretativa, integrativa, unificadora y de oxigenación del sistema, no ocurre lo mismo con

²⁰⁰ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *El Registro del Estado Civil*. Vol. I (Organización y principios sectoriales). Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 15 y ss.

²⁰¹ Al respeto se ha indicado –ob. cit. (*El Registro del Estado...*), p. 20– «un principio general del Derecho es una expresión normativa base, es decir, que funge de soporte a todo el ordenamiento jurídico por su carácter axiológico, poseen aplicación concreta en la interpretación del Derecho y no se limitan a expresar determinado sentido de la ley, sino de todo el plexo normativo. En definitiva, son normas fundamentales e informadoras que, por su esencia, privan en la interpretación y aplicación del Derecho».

los principios sectoriales que deben identificarse, salvo que el área estudiada los haya establecidos expresamente. Sobre estos últimos la doctrina ha indicado:

Principios sectoriales son proposiciones básicas que informan los diversos sectores en que se divide la ciencia. Cuando el progreso científico impone a determinado ramo del conocimiento humano una especialización mayor, esta división pasa a exigir una particular orientación, momento en que los denominados principios sectoriales, o sea, proposiciones más restrictas, son de aplicación a los nuevos sectores de la ciencia²⁰².

En el caso particular de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se aprecia que se regulan en el artículo 3 los principios que se aplican a su normativa y al modelo que se desprende de la misma. Por otra parte, ello no debe llevar al lector a la falsa idea de que son exclusivamente los expresamente tipificados en la aludida disposición, pues podría perfectamente ocurrir que de todo el texto del Tratado –preámbulo o articulado, además de los protocolos facultativos– se deduzcan otras proposiciones basilares que posean fundamentos valorativos para la interpretación y aplicación del modelo que erige la Convención. Por ahora, examínese en detalle el artículo 3 del Tratado:

Artículo 3.- Principios generales. Los principios de la presente Convención serán:

- a. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b. La no discriminación;
- c. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

²⁰² CRETILLA JUNIOR, José: «Los principios fundamentales de Derecho Administrativo». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año 2, N.ºs 3, 4 y 5. Depalma. Buenos Aires, 1990, p. 434.

- d. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e. La igualdad de oportunidades;
- f. La accesibilidad;
- g. La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

De la mera lectura de la disposición reproducida se puede cotejar que incluye expresamente los principios de dignidad, libertad e igualdad, que ya se ha indicado que corresponden a principios generales del Derecho, interesa destacar aquellos que sean verdaderos principios «sectoriales» –recuérdese postulados básicos en esta área y con fundamento axiológico–.

2.1. *Autonomía individual*

Unos de los principios más relevantes en materia de derechos de las personas con discapacidad definitivamente lo representa la autonomía personal –recogido también en el Preámbulo letra n–, el cual es un desarrollo de la dignidad humana²⁰³, ya que su negación implica el desconocimiento

²⁰³ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad». En: *Revista Ius et Veritas*, N.º 53. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2016, p. 264, el «principio de dignidad sería así: cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo»; BENAVIDES LÓPEZ: ob. cit. (*Modelos de capacidad...*), p. 50, señala que, para DE ASÍS ROIG, este principio «está íntimamente ligado con el concepto de dignidad, entendida en términos kantianos, que implica que la persona es un sujeto moralmente libre»; en efecto, un «componente de la dignidad que se encuentra íntimamente relacionado con el fenómeno de la discapacidad es la autonomía, que puede ser entendida como un espacio reservado, sin restricciones, para la acción voluntaria de la persona»; BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 52, «las personas con discapacidad no son igualmente dignas por su

no solo de la posibilidad de autodeterminar la vida, sino una clara privación de su condición de persona, su naturaleza, su valor como ser humano, lo que se «es» ontológicamente²⁰⁴. De allí que en el literal a del artículo 3 se encuentren ambos recogidos.

Ahora bien, tal precisión es forzosa en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en razón de que justamente tal autonomía se ha negado históricamente en el caso de los individuos que poseen alguna diversidad funcional. Para ser más específico, se ha «sustituido» por la voluntad de un representante, y por ello el nuevo modelo social que se aspira a consolidar a través del Tratado incluye tal base, para sobre ella erigir todo el sistema de tutela de los derechos humanos allí ratificados. Téngase en cuenta que las facultades inherentes al individuo ya se encontraban tipificadas en otros instrumentos internacionales y la Convención lo que hace es adecuarlas a las personas con discapacidad para lograr su verdadera efectividad²⁰⁵.

Pero, para que tal autonomía sea cierta, debe además garantizarse que sea un reflejo de «las propias decisiones». En otras palabras, no es suficiente con proteger la opción formal de incidir en los derechos y deberes propios, sino que debe ser el propio titular quien tenga la libertad de tomar la decisión o de, si es su deseo, delegarla para algunos asuntos que afecten su esfera subjetiva de facultades y obligaciones —*exempli gratia*, patrimoniales

capacidad de aporte a la sociedad —medio— sino que son igualmente dignas por su esencia, por ser un fin en sí mismas».

²⁰⁴ DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo: «Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana». En: *Anuario de Filosofía de Derecho*. BOE. Madrid, 2004, p. 196, «Nadie puede ser más valioso esencialmente que otro hombre, por la sencilla razón de que su valor como ser se basa, precisamente, en el hecho de ser persona, y nadie puede ser más o menos persona que otros».

²⁰⁵ BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 53, comenta: «en lo que concierne a las personas con discapacidades intelectuales, es evidente que en muchos casos el ejercicio de la autonomía puede resultar mucho más complicado, pero es en esos casos precisamente donde debe resaltarse el rol del Derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea».

por medio de la representación voluntaria—²⁰⁶; pero, además, no debe ser objeto de interferencia indebida de terceros, sino que debe gozar de plena «independencia» para decidir autónomamente la actuación u omisión, de tal forma que responda la acción a su voluntad, deseos o preferencias.

En razón de lo indicado es que ocurre un importante cambio en cuanto a los sistemas de protección de las personas con discapacidad, en el cual se «promociona» la función de apoyo y, en contrasentido, se persigue «prescindir» de los regímenes de sustitución de voluntades, llámense: tutela, curatela, representación legal, etcétera²⁰⁷:

El sistema de apoyos se diferencia de la curatela, básicamente, porque el primero propicia que la persona titular del derecho a la capacidad jurídica decida sobre las cuestiones de su vida y no lo haga un tercero en su lugar. Si se admitiese que quien debe prestar apoyo puede tener funciones de representación, se estaría legitimando la sustitución de la voluntad, cuya erradicación es el objetivo principal del modelo de apoyos. Esto es exactamente lo que ocurría con el antiguo sistema y es lo que debe evitarse²⁰⁸.

²⁰⁶ Incluso se debe garantizar que las personas con discapacidad no solo intervengan en las decisiones sobre sus derechos individuales, sino además en aquellas «políticas y programas» públicas que los afecten directamente (Preámbulo letra o, artículo 4.3). Todo esto vinculado con la participación e inclusión (artículo 3.c).

²⁰⁷ *Cfr.* BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 23, «El marco legal establecido por el artículo 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aboga por un modelo de “apoyo” en la toma de decisiones».

²⁰⁸ *Vid.* «Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», Informe preparado por la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2018, p. 2, www.cels.org.ar.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, al momento de cualquier hermenéutica, integración, aplicación o revisión, el intérprete debe garantizar que la lectura que efectúe de la norma analizada sea siempre congruente con la autonomía personal, pues con ello, además de responder al cumplimiento de este principio y el de la dignidad inherente a todo ser humano, estará dándole viabilidad al reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad (artículo 12.2).

La Convención trae a su vez algunas aplicaciones concretas como, por ejemplo, cuando alude a la protección contra «la explotación, la violencia y el abuso» y contempla el deber de los Estados de tomar medidas de recuperación e integración de las víctimas, respetando «la dignidad y la autonomía de la persona» (artículo 16.4). Igualmente, en materia de derecho a la salud, los médicos, enfermeros y demás profesionales de este sector cuidarán de respetar «la dignidad, la autonomía» de las personas con discapacidad (artículo 25.d). Para el caso de los servicios de «habilitación y rehabilitación» donde se deba implementar apoyos, se mantendrá «la máxima independencia» posible (artículo 26.1).

Ahora bien, una de las facultades donde el principio de autonomía personal tiene mayor resonancia –aparte del referido al reconocimiento de la capacidad de ejercicio– es sin duda el «derecho a vivir de forma independiente», ello en razón de que el mismo implica, entre otros desahogos, el elegir la residencia, con quién convivir e, igualmente, vivir según los propios «arreglos» o estilo (artículo 19.a), elementos que son propios de la autodeterminación personal de cualquier individuo no sujeto a «tutela» o representación²⁰⁹. En otros términos, es la persona con discapacidad la

²⁰⁹ Por ejemplo, en el supuesto de los niños y adolescentes, téngase en cuenta que si bien tienen derecho a la libertad de tránsito, el mismo se encuentra condicionado a ciertas medidas de seguridad, orden público o de prevención contra el traslado ilícito (artículos 10.2 y 11.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), además de las responsabilidades legales de los padres o representantes o responsables, respetándose en todo caso el derecho a opinión del menor de edad (artículos 39, 40, 80 y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

que debe decidir según su libre desenvolvimiento de su personalidad y plan de vida, cómo desea vivir, sin que el hecho de poseer una diversidad funcional lo obligue a aceptar imposiciones ilegítimas, como podría ser la exclusión de determinados lugares donde podría perfectamente acudir –aunque con ajustes razonables– o verse sometido al aislamiento.

2.2. *No discriminación*

Este principio se desdobra en dos caras de una misma moneda: la igualdad²¹⁰, y al dorso se encuentra el «no» discriminar²¹¹. De allí que la propia Convención lo regule de forma conjunta en su artículo 5, a saber:

Artículo 5-. Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen 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.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad

También AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Bases jurídicas de los regímenes aplicables a las personas de edades avanzadas –ensayo de búsqueda–*. Editorial Arte. Caracas, 1981, p. 214, refiriéndose a los adultos mayores subraya: «los cambios de alojamiento producen en las personas de edades avanzadas problemas cuya magnitud está en función directa de la importancia y cantidad de los aspectos emocionales envueltos, del grado de desconocimiento del nuevo “hábitat”, de la condición en que se encontrará en este (independiente, dependiente de un familiar, pariente, etc.), del cambio en los hábitos de vida que implique el traslado, así como del estado orgánico y psíquico del sujeto. Ello significa que para las personas de edades avanzadas no solo existe la necesidad de tener una vivienda satisfactoria, sino que existe también, en principio, la necesidad de no mudarse de ella mientras sea posible».

²¹⁰ *Vid.* Preámbulo letras e, f, k, r, x, y; artículos 1, 2, 3.e, 5, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29 y 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En cuanto a la igualdad para la mujer y los niños y adolescente, véase: artículos 3 letra g, 6 y 7 *eiusdem*.

²¹¹ *Vid.* Preámbulo, letras c, h, p; artículos 2, 3.b, 4, 5, 6, 23, 24, 25, 27, 28 y 29 de la Convención.

protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Una de las principales razones que justificó la preparación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es que, si bien existían para la fecha tratados internacionales que reconocían la titularidad de diversos derechos humanos a «todas» las personas, ello no era suficiente para garantizar su efectividad en el caso de las personas con discapacidad, pues la verdad es que la sociedad crea barreras mediante las cuales se excluían a individuos por poseer una diversidad funcional y, aunque se alegaba como justificación de las restricciones la intención de proteger al considerado «hiposuficiente», la realidad es que tal forma de abordar el asunto cercenaba aspectos importantes de la vida de los sujetos —por ejemplo, su autonomía y participación—, lo que los exponía a un trato desigual, contrario a la dignidad, igualdad y libertad como valores superiores y principios generales que deben regir los derechos fundamentales.

Entonces, era más fácil discriminar y someter a las personas con discapacidad a estatutos en los cuales bajo el argumento de «proteger» se les impedía actuar con libertad e interactuar en la sociedad, pues para tal visión la persona con diversidad funcional era un ser «anormal» que debía regirse por un sistema que ponderara su condición «irregular».

Tal visión del asunto ha cambiado radicalmente, y hoy en día no se admiten discriminaciones fundadas en la presencia de una diversidad funcional y, si bien se debe acompañar esta premisa con los «ajustes razonables» necesarios y un «diseño universal», ellos van dirigidos a lograr la integración

y a la creación de entornos que permitan un verdadero trato igualitario, sin que la existencia de espacios físicos estándares sean la justificación de la desigualdad. La relevancia de lo expuesto se aprecia cuando la propia Convención define tales vocablos en el artículo 2:

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.

Por «ajustes razonables» 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.

Por «diseño universal» se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

En efecto, se haría un flaco trabajo si únicamente se enunciara a la igualdad como derecho, valor y principio general de la Convención y no se resaltara que sistemáticamente las personas con discapacidad han sido excluidas y discriminadas en relación con los individuos que se considera que no son poseedores de diversidades funcionales. Así, tradicionalmente se ha partido de una idea –hoy en día claramente errada– según la cual se les da un «trato igual entre iguales» cuando se crean estatutos privativos para, por ejemplo, las personas con discapacidad sensorial –sordomudo: instrucción especial, curatela–; empero, cuando tal sujeto ha adquirido una forma de comunicación efectiva, ya no hay razones para la distinción,

sino que deben realizarse ajustes, y lo cierto era que la discapacidad sensorial se mantenían en el tiempo como una mácula indeleble.

La respuesta de la Convención es subrayar que ciertamente las personas con discapacidad son discriminadas en diversos sectores y reconocer que, si bien la discapacidad puede dificultar el ejercicio de los derechos²¹², tales trabas pueden minimizarse y prácticamente borrarse su impacto, ello en la medida en que se efectúen modificaciones o adaptaciones «razonables» para un caso en particular o se diseñe para todos. Lo cual invita a una «toma de conciencia» sobre la dignidad de las personas con discapacidad y su derecho a ser parte de la sociedad (artículo 8).

En síntesis, debe leerse el texto de la Convención y adecuarse su desarrollo, en el sentido de suprimir cualquier obstáculo, barrera, impedimento o trato que sea claramente discriminatorio por estar fundado en que la persona posee una diversidad funcional y, en contrasentido, lo apropiado es implementar las adecuaciones específicas para anular tales limitaciones o prever estos posibles escenarios e incluir un diseño universal que esté pensado para todos los potenciales usuarios.

2.3. Participación

Para lograr la transformación que se aspira desde la Convención, no es suficiente con reconocer la autonomía en las decisiones personales, que la sociedad tome conciencia de su rol en la comunidad o garantizar un trato sin discriminación, pues es indispensable empoderar a las personas con discapacidad para que sean dueñas de su destino e impulsen las reformas y modificaciones necesarias para la garantía de sus derechos.

²¹² Cfr. BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 141, «El objeto, por tanto, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. De este modo, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extras que debían garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad».

Con lo anterior, no se está afirmando que ha sido escasa su participación, ya que ciertamente en lo referente a impulsar un instrumento internacional vinculante que les garantizara esa ansiada igualdad, fueron bastante activos, pero existen todavía muchos escenarios o ámbitos en los cuales no son tomados en cuenta, y justamente este principio aspira a cambiar tal situación.

En el texto de la Convención se aprecia que en diversas oportunidades se alude a la participación²¹³, calificándola, además, de «activa», «plena», «efectiva» o «en igualdad de condiciones». En otros términos, se busca que la persona con discapacidad, individualmente u organizados en conjunto, puedan incidir positivamente en la sociedad, a través de su propia voz, y en todos los asuntos donde posean intereses y que obviamente tal intervención en la escena comunitaria o política tenga una incidencia real en la toma de decisiones o en la fijación de la agenda pública, ya que no es solo el derecho a expresar una opinión, sino que la misma sea ponderada y tomada en cuenta.

El principio de la participación invita a crear los escenarios necesarios para levantar las barreras que limitan a las personas con discapacidad, generando a su vez un mayor sentido de pertenencia y una revalorización de su contribución como miembros del entramado social, de la comunidad y de la familia y que la misma se pueda expresar en igualdad en relación con los demás miembros del conglomerado.

El impacto del principio sectorial examinado se puede medir cuando se observa la exigencia a crear condiciones de accesibilidad para que la participación pueda desplegarse en los diversos aspectos de la vida, en la administración de justicia, en la vida comunitaria, en relación con la educación, en las medidas de rehabilitación, en la política o asuntos públicos, en actividades culturales, recreativas o deportivas y, por supuesto,

²¹³ *Vid.* Preámbulo, letras e, k, m, o, y; artículos 1, 3.c, 9, 13, 19, 24, 26, 29, 30, 33 y 34 de la Convención.

en el seguimiento a los Estados sobre el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.4. Respeto a la diferencia

El modelo instituido con la Convención parte de que todas las personas poseen o pueden llegar a adquirir particularidades que no las definen, sino que simplemente existe como producto de la propia naturaleza humana, de allí que no pueda justificarse esa vetusta distinción entre normales y anormales. Ahora bien, lo que sí ha existido es la discriminación de aquellos que únicamente ponderan las diversidades funcionales para así crear barreras artificiales que limitan el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

Lo señalado invita a una toma de conciencia (artículo 8) a los fines de que la sociedad internalice, en la conciencia colectiva, que las personas con discapacidad tienen iguales derechos a los demás individuos y que a lo sumo deben contar con la disponibilidad de apoyos, ajustes razonables y un diseño universal para compensar las dificultades prácticas que en los diversos entornos surgen y que restringen el pleno ejercicio de las facultades fundamentales.

Entonces, surge la necesidad de acabar con los estereotipos, prejuicios y prácticas que ven a las personas con discapacidad como individuos «anormales», «hiposuficientes», «limitados», etcétera, pues la verdad es que si se superan esos obstáculos —que, como se advirtió, son más mentales que reales—, los individuos con diversidades funcionales podrían interactuar sin complicaciones en la sociedad y desarrollar una vida plena según sus propios deseos y preferencias.

En muchos casos, la sociedad ha promovido la idea de que una vida con diversidades funcionales no vale la pena ser vivida, pero ello no es cierto por muchas razones.

Primero, porque, si bien existen trabas, ellas normalmente son artificiales al ser creadas por la sociedad y no estar completamente relacionadas con la diversidad, sino con el nivel de esfuerzo que hace la colectividad para crear entornos amigables o en ofrecer ajustes razonables o medidas de apoyo.

Segundo, en razón de que a través de la rehabilitación y otras medidas las personas con discapacidad en la mayoría de los casos pueden minimizar el impacto que puede generar la diversidad y, tercero, ya que un plan de vida no depende de una visión impuesta y abstracta creada de forma claramente adulterada, sino de los retos, deseos, acciones y preferencias que cada quien asume como propios.

Por tanto, no son las diversidades funcionales las que vienen a determinar el plan de vida –aunque inciden–, sino únicamente los verdaderos anhelos y los esfuerzos personales que cada quien pone para cristalizarlos. De allí que es tan digna la vida que despliega una persona con discapacidad como la de otro individuo que no presente dicha condición.

Definitivamente, este es uno de los desafíos más trascendentales que se plantean con la Convención, ya que invita a superar esa visión tradicional de ver a las personas con discapacidad como meros «minusválidos», «incapaces», «retrasados», etcétera, y comprender que en realidad son tan valiosos, capaces y activos como cualquier otro sujeto, siempre y cuando se les ofrezcan apoyos, ajustes y aquellos accesos necesarios para borrar la brecha social.

Debe entonces, el Estado, la sociedad, la familia y las propias personas con discapacidad impulsan políticas de comunicación y difusión dirigidas a la toma de conciencia de lo valioso que pueden ser las personas con discapacidad si dejamos de aislarlas y excluirlas de la vida cotidiana, comenzando en la escuela y en los demás entornos y centros comunitarios. Solo así se lograría superar el estadio actual y construir una sociedad igualitaria.

En resumidas cuentas, la interpretación de la disposición de la Convención debe efectuarse bajo la premisa de que se desea cambiar la posición tradicional –decimonónica– hacia un «modelo social» que parta de la ponderación de los derechos humanos que subyacen, y abandonando cualquier atisbo que incite el aislamiento, sustitución, separación, ignorancia o discriminación. Obviamente, es un reto enorme el cambio de mentalidad colectiva, pero se ha observado que la propuesta no ha sido improvisada y, además, cuenta con una doctrina sólida que facilitará su consolidación.

2.5. Accesibilidad

Para lograr que lo anterior se cumpla, se demanda la existencia de condiciones que permitan que las personas con discapacidad puedan acceder a los entornos, información, medios de comunicación, educación, políticas y programas sociales, culturales y económicos. Pues si no se crean los medios para el acceso, difícilmente podrían las personas participar e interactuar. Por ello, la Convención pone especial énfasis en este principio (Preámbulo letra v y artículo 3.f), regulándolo además como un verdadero derecho humano (artículo 9).

En efecto, la accesibilidad tiene fundamental importancia en temas como: entorno físico, transporte, información y comunicación, pues es allí donde son más evidentes las trabas que tienen las personas con discapacidad. Como aclara BARIFFI:

Generalmente, se plantea la necesidad de construir entornos accesibles como una necesidad específica de este grupo de personas, y ello es ciertamente equivocado. La accesibilidad universal es un requisito para el ejercicio de derechos de todas las personas, y es un derecho de todas las personas, solo que al construir el entorno y las comunicaciones pensando en un tipo de persona, se deja afuera a otro grupo de otras personas, creando de este modo las necesidades especiales. De este modo, como se

ha mencionado, las necesidades especiales en muchos casos son creaciones sociales y no circunstancias específicas de personas²¹⁴.

En muchos casos, las personas con discapacidad han adquirido las destrezas o los conocimientos para ejecutar determinada labor y, sin embargo, se ven excluidas a raíz de dificultades de transporte para acudir a los sitios de trabajos o el mismo se ubica en un edificio que no cuenta con la infraestructura adecuada para garantizar en igualdad de condiciones el ingreso y desplazamiento. Ello es sumamente grave, ya que desmotiva la participación, integración y genera como efecto colateral la exclusión. Tales dificultades se extienden en todos los ámbitos: educativos, comunitarios, habitacionales, servicios públicos, parque e instalaciones deportivas, etcétera.

Igual complicación se aprecia en materia de acceso a la información o a la comunicación, donde, al no incorporar mecanismos alternativos para que se pueda transmitir para todos la información disponible, se generan barreras para el disfrute de diversos derechos.

De allí el mandato de un diseño universal, la toma de conciencia sobre la necesidad de borrar esos obstáculos físicos o mentales que discriminan y, a contrapelo, el apremio de fomentar la autonomía y la participación.

A modo de síntesis, los principios sectoriales que regulan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de forma expresa –autonomía, no discriminación, participación, respeto por la diferencia y accesibilidad–, junto a los principios generales del Derecho –dignidad, igualdad y libertad–, incorporan unas herramientas fundamentales para la correcta interpretación e integración de las disposiciones de Tratado, pero, más importante todavía, fijan una guía a la hora del desarrollo de los

²¹⁴ BARIFFI: ob. cit. (*El régimen jurídico...*), p. 58. Entonces, según el autor citado, «la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables, una estrategia a nivel particular cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal» (p. 148).

postulados de la Convención por los Derechos nacionales y oxigenan los ordenamientos jurídicos en aquellos casos donde las reformas no se han efectuado –caso Venezuela–, incorporando proposiciones valorativas que reclaman una reinterpretación de los institutos caducos a los fines de garantizar los derechos humanos que se reconocen en el instrumento internacional y que son de obligatoria aplicación.

3. UN NUEVO PARADIGMA Y UNA NUEVA TERMINOLOGÍA

Es claro que desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha operado un cambio de paradigma, y con ello se ha impuesto una nueva terminología que, justamente, desea impulsar una forma distinta de tratar a las personas con discapacidad.

Es cierto que la terminología pareciera un aspecto cosmético con exigua relevancia y que muchas veces la misma tiene un soporte científico, y es su deformación –al ser empleada por sectores incultos– lo que ha originado que se extienda un significado impropio, al grado de ser peyorativo o indigno.

Empero, si se pondera que justamente lo que se aspira es un cambio en la percepción que la sociedad tiene sobre las personas con discapacidad, ello comienza por emplear términos más adecuados que no oculten ningún estereotipo, minimización o infravaloración de los individuos con diversidad funcional. De allí, pues, que el modelo social no solo demanda transformaciones en la forma en que son tratadas las personas con discapacidad, reconociéndoles su autonomía individual, la posibilidad de participar plena y efectiva en la sociedad, la creación de entornos amigables, con diseño universal y accesible para todos en igualdad de condición, sino además exige un respeto y aceptación de las diversidades como propias de la condición humana y para nada algo extraordinario o anormal.

Para lograr tales objetivos, no es suficiente con las modificaciones estructurales de los espacios, lugares o medios de transportes, en el sentido de que sea más amigables e inclusivos, sino un cambio de mentalidad y de revalorización, y ello comienza con el empleo de términos neutros que no posean una carga semántica negativa –estigmatización– que contradiga estos valores.

De lo expuesto se deduce la superación de vocablos como «incapaz, entredicho, inhabilitado, insano, discapacitado, deficiente, minusválido, impedido, demente, enajenado, subnormal, retrasado», entre otros. Y su sustitución por términos como «persona con capacidad diferente», «persona con diversidad funcional» o «persona con discapacidad», pues lo que se aspira es a destacar que, por encima de todo, este sector lo integran «personas» con igual dignidad que cualquier otra y que, justamente, la dificultad es que, en razón de que los entornos sociales no se encuentran adecuados a la particular capacidad, diversidad o discapacidad de los sujetos, se origina una traba que obstaculiza el ejercicio de los derechos representando un claro trato discriminatorio.

En tal sentido, desde la Convención se impulsa todo un neolenguaje que aspira a coadyuvar a una mejor comprensión del fenómeno y la superación de las condiciones actuales por un modelo respetuoso de la dignidad, libertad e igualdad. Sin que se crea que el cambio de terminología por sí solo sea suficiente, pues, como se indicó, lo que se desea modelar es la conciencia colectiva en cuanto a la estimación de las personas con discapacidad con igual dignidad que cualquier otro ser humano.

4. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En los antecedentes que se relataron *supra*, se puso énfasis en aquellos instrumentos que directa e indirectamente incidieron en las normas que

sobre capacidad trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Concretamente, se aludió al artículo 12, pues es el que de forma condensada regula este aspecto con bastante precisión²¹⁵.

Empero, lo dicho no desdice sobre el hecho de que la norma aludida demande de un análisis pormenorizado a los fines de interpretar sus términos oscuros o para identificar sus efectos o consecuencias jurídicas en los Derechos internos que tienen, además, el deber de desarrollar el modelo de capacidad que se deduce del referido artículo 12 y de los principios sectoriales ya relatados que lo complementan. A saber:

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de

²¹⁵ Incluso, un sector de la doctrina ha calificado a dicha norma «como el *alma mater* o el “corazón” de la Convención», *vid.* TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. BOE. Madrid, 2020, pp. 25 y 26. *Cfr.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita: «Análisis de la adaptación al Derecho Civil español del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En: *Revista Boliviana de Derecho*. N.º 34. Fundación Iuris Tantum. Santa Cruz, 2022, p. 686.

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.

Como primer acercamiento se observa que la disposición se divide en cinco párrafos y que cada uno de ellos, si bien están interconectados, persiguen una concreta finalidad al regular un aspecto en específico de la capacidad de las personas con discapacidad. Véase:

4.1. Reconocimiento de la personalidad

En un contexto global, donde todavía perviven regímenes que pretenden negar la condición de titular de derechos a algunos individuos, lo cual no es otra cosa que objetar su carácter de «persona» del cual es titular todo ser humano por el simple hecho de serlo²¹⁶, era necesario destacar el reconocimiento de la personalidad en el texto de la Convención, aunque otros instrumentos internacionales igualmente regularán este aspecto²¹⁷.

²¹⁶ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Teorías sobre la persona. Bosquejo de una teoría comunitaria». En: *Anuario de Derecho*. N.º 36. ULA. Mérida, 2022, pp. 145-161.

²¹⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): «artículo 6.- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». En igual sentido, se expresa la Declaración Americana de los Derechos del Hombre

Ahora bien, la doctrina tradicional ha destacado que entre los conceptos de «persona», «personalidad» y «capacidad» existe una relación estrecha, pues, aunque dotados de un sentido técnico propio, ellos terminan entrelazándose. De allí que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla esta conexión y por ello en la disposición dedicada a la «capacidad de ejercicio», ratifica, en primer término, ese derecho autónomo que tiene todo ser humano y, en consecuencia, toda persona con discapacidad a la reafirmación de su condición de sujeto de derecho o «persona» –técnicamente hablando–.

Téngase en cuenta que la dogmática jurídica siempre ha destacado que, desde un punto de vista jurídico, el término «persona», no es totalmente uniforme con el utilizado por la Antropología, la Sociología, la Biología o la Filosofía, puesto que el mismo es un vocablo estrictamente normativo²¹⁸. De allí que autores destacados, como KELSEN, apuntaran:

... el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos (...) si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del Derecho, de la cual esta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del Derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos²¹⁹.

(1948), artículo 17: «Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales». Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 16 y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 3. Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Lecciones de Derecho...*), pp. 153 y ss.

²¹⁹ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho (introducción a la ciencia del Derecho)*. 17.^a, EUBA. Buenos Aires, 1981, pp. 126 y 127. Cfr. FERRARA –parafraseado en RECASÉNS SICHES, Luis: *Estudios de Filosofía del Derecho*. T. I. 3.^a, UTEHA. México D. F., 1946, p. 377– «La personalidad en sentido jurídico, tanto para el individuo

Justamente, para evitar cualquier deformación que tome en cuenta únicamente el valor normativo del término y su abstracción, pretendiendo con ello excluir al ser humano, o más exactamente a un sector de ellos, de la personalidad, es que se instituye esta facultad del reconocimiento en todas partes de la personalidad jurídica en el ser humano.

Por su parte, el vocablo «personalidad» alude a la aptitud o cualidad insita para ser titular de derechos y deberes, es decir, «persona». La cual la detenta todo ser humano ontológicamente, en consecuencia, la persona con discapacidad no llega a perder, en razón a la diversidad funcional, esa cualidad que es inmanente del hombre²²⁰.

Finalmente, la capacidad en Derecho se ha visto desenvuelta en dos categorías —ya se ha advertido—: la de goce y la de ejercicio; pues bien, la primera de ellas alude a la posibilidad de ser titular de derechos y deberes, es un mínimo forzoso y necesario que subraya que al menos todo individuo debe reconocérsele de forma uniforme la posibilidad de ser titular de algunos derechos y deberes aunque los mismos de manera concreta no se puedan ejercitar de forma personal y directa —por razones contingentes—, siendo que la capacidad de goce garantiza al menos que ingresen al patrimonio personal.

como para el grupo, no es una realidad, un hecho, sino una categoría jurídica, un producto del Derecho, que este puede ligar a cualquier sustrato, y que por sí no implica necesariamente ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. La personalidad es la forma jurídica de unificación de relaciones, y su fin es siempre la realización de intereses humanos, la personalidad no solo se concede al hombre individual, sino también a colectividades o a otros sustratos o base estable para la realización de obras o intereses comunes». *Cfr.* VARELA CÁCERES: ob. cit. («Teorías sobre la persona...»), pp. 151 y ss.

²²⁰ Apuntaba, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Inicio y extinción...*), p. 29, que «... la distinción entre “persona” y “personalidad” responde simplemente a una precisión conceptual que ha hecho la doctrina, según la cual la primera es el “ente” y la segunda es “la cualidad”. La precisión pareciera inoficiosa por cuanto si se es persona se tiene personalidad y correlativamente quien tiene personalidad es persona».

En el caso de las personas con discapacidad, esta capacidad de goce no se ve afectada en nada²²¹, ello en razón de que al tener inalterablemente la «personalidad» y el reconocimiento como «persona», evidentemente debe permitírsele la posibilidad de llegar a ser titular de facultades y obligaciones.

4.2. Igual capacidad de ejercicio

Si bien en el primer párrafo de la Convención es dedicado al reconocimiento de la personalidad y, con ello, sutilmente se alude a la «capacidad de goce», en el sentido de que persona, personalidad y «capacidad de disfrute» son términos que se interrelacionan, en el segundo párrafo entra a regular la capacidad de ejercicio, aunque por mantener una uniformidad con los tratados internacionales que le sirvieron de soporte la denomina «capacidad jurídica» que para muchas naciones es una expresión que se emplea mayormente para aludir técnicamente a la «capacidad de goce» o a la capacidad en general.

Esta situación terminológica demanda de entrada explicaciones que, por otra parte, ya se han adelantado parcialmente cuando se escudriñaron los antecedentes directos de la Convención. Véase:

Aunque en el proceso de discusión existía plena conciencia de que los vocablos «capacidad jurídica» o «capacidad legal» no eran uniformes para aludir a la capacidad de ejercicio, y prueba de ello fue el «documento» preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²²², donde justamente se indica que el reconocimiento

²²¹ Como afirma GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 21, la capacidad de goce —que en España se le denomina mayormente «capacidad jurídica»—, «acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, y es siempre una y la misma; es decir, igual en todos y para todos, y en cada cual estática, constante, uniforme y general o abstracta. No admite grados ni modificaciones». Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho Civil* i...), p. 314.

²²² Vid. ob. cit. (*Legal capacity: background...*), *passim*.

de la personalidad alude a una realidad y la capacidad jurídica a otra, ambas de necesaria regulación en el Tratado, no se cambió la terminología por cuanto se desea mantener cierta coherencia con los otros instrumentos internacionales vinculantes en los cuales esas dudas semánticas de los vocablos aludidos se habían superado y correctamente interpretados. Por lo anterior, se indica:

El documento concluye que los dos términos «reconocimiento de la personalidad jurídica» y «capacidad jurídica» son distintos. La «capacidad de ser persona ante la ley» confiere al individuo el derecho a que se reconozca su estatus y su capacidad en el ordenamiento jurídico. El concepto de «capacidad jurídica» es un concepto más amplio que presupone lógicamente la capacidad de ser titular potencial de derechos y obligaciones, pero también implica la capacidad de ejercer estos derechos y asumir estos deberes mediante la propia conducta²²³.

Entonces, en el ámbito internacional se ha utilizado la expresión «capacidad jurídica» en una acepción amplia para aludir a la capacidad de ejercicio que, por su naturaleza, presupone la capacidad de goce. Ello es independiente de que, por ejemplo, algún Derecho nacional emplee esa misma denominación con un sentido restringido, como es bastante extendido en el Derecho español, donde con los vocablos «capacidad jurídica»²²⁴

²²³ Ídem: «*The paper concludes that the two terms 'recognition as a person before the law' and 'legal capacity' are distinct. The 'capacity to be a person before the law' endows the individual with the right to have their status and capacity recognised in the legal order. The concept of 'legal capacity' is a wider concept that logically presupposes the capability to be a potential holder of rights and obligations, but also entails the capacity to exercise these rights and to undertake these duties by way of one's own conduct.*».

²²⁴ Vid. ARAMBURO, Mariano: *La capacidad civil*. 2.^a, Reus. Madrid, 1931, pp. 7 y 8, «La capacidad jurídica, lo mismo que la personalidad en que se basa, es una, idéntica, igual en todos los hombres, sin que ni las condiciones especiales anejas a las diversas situaciones en que pueden encontrarse, ni los preceptos de la ley positiva, puedan con justicia negar o desconocer lo que nos corresponde por la propia naturaleza (...) Es la capacidad jurídica la esencia, mientras la facultad de obrar constituye la potencia»; OSSORIO, Ángel: *Anteproyecto del Código Civil boliviano*.

se quiere definir a la capacidad de goce, no es ese –como se aprecia de los antecedentes de la disposición y su interpretación sistemática– el significado que le otorga el artículo 12 en su conjunto, pues, en dicha disposición se desea aludir categóricamente al ejercicio de las facultades de que se es titular en cualquier relación jurídica²²⁵.

Imprenta López. Buenos Aires, 1943, p. 20, proponía como regulación «artículo 12.- La personalidad implica la capacidad jurídica para todos los actos civiles. Esta capacidad consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y de obligaciones y tiene que ser igual para todas las personas nacidas en iguales condiciones...»; PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español*. T. I. 3.^a, Ediciones Pirámide. Madrid, 1976, pp. 248 y 249, «es la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones jurídicas (...) la capacidad jurídica se predica de todos los hombres por el hecho de serlo y poseer la personalidad; es esencial e inseparable de la persona humana»; DE COSSÍO CORRAL, Alfonso: *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Alianza Universidad. Madrid, 1975, p. 82, «junto a la capacidad jurídica, que es la misma para todos ellos, se habla como concepto diferente, de una capacidad de obrar, es decir, la capacidad de ejercitar, con espontaneidad e independencia, esos derechos y esas obligaciones»; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I.1. 2.^a, Tecnos. Madrid, 1998, p. 126, «La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica, en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad».

²²⁵ Algunos autores han discutido si debe mantenerse la dualidad de conceptos o suprimirse la distinción. BERNAD MAINAR, Rafael: «La tutela y la curatela en el Derecho romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad». En: *Revista Internacional de Derecho Romano*. N.º 30. Universidad de Oviedo. Oviedo, 2023, p. 7, <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>, es de la opinión que «con base en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, supera la dualidad tradicional que deslinda capacidad jurídica-capacidad de obrar, toda vez que todo ser humano cuenta con plena capacidad jurídica, al margen de su ejercicio, con lo que la noción de capacidad de obrar ya no existiría como tal». Cfr. MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «La provisión de apoyos a las personas con discapacidad: aspectos sustantivos y procesales del nuevo enfoque de la capacidad jurídica». En: *Homenaje a José Getulio Salaverría Lander*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. J. C. CARMONA BORJAS, coord. Caracas, 2023, pp. 290 y 299. Por otra parte, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», <https://idibe.org>, se cuestiona: «Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar

Aclarado lo anterior, se deduce la radical transformación que surge en materia de capacidad²²⁶, ya que, de acuerdo con el párrafo 2 de la Convención, a las personas con discapacidad no se les puede limitar su capacidad de ejercicio por el hecho de poseer una diversidad funcional –física, mental, intelectual o sensorial–, puesto que poseen igual capacidad que los demás individuos en todas las relaciones jurídicas.

Por ende, cualquier limitación, restricción u obstáculo en el ejercicio personal y directo de los derechos o cumplimiento de los deberes, a los fines de que produzca efecto sobre el propio patrimonio, que se fundamente exclusivamente en razón de poseer una diversidad funcional, es una violación a la Convención por representar una práctica discriminatoria y, en consecuencia, contraria al Derecho internacional de los derechos humanos.

El principal efecto de esta disposición es que desde su aprobación ya no pueden reconocerse que aspectos asociados con salud física, sensorial o psicológica puedan implicar limitaciones de la capacidad, es decir, generar una «incapacidad», «incapacitación» o «modificación judicial de la capacidad», ya que por el mero hecho de ser una persona con discapacidad, ello no altera su capacidad de obrar, manteniendo incólume el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de los deberes de forma personal y directa según su «capacidad natural», aunque para ello requiera o tenga a disposición medidas de apoyo que atiendan a su voluntad, deseos y preferencias, como se verá de seguida.

una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo. A mí, no me lo parece.

²²⁶ *Cfr.* RODRÍGUEZ ESCUDERO: ob. cit. (*La modificación judicial...*), p. 16, «La Convención de Nueva York ha revolucionado el marco legislativo vigente porque parte de la igualdad jurídica de todas las personas, que cuentan con la misma capacidad, sean o no discapacitadas, y además obliga a cambiar los Derechos internos de todos los Estados firmantes para asegurar la no discriminación».

Entonces, los procedimientos judiciales modificativos de la capacidad –caso español– o el procedimiento de interdicción –supuesto venezolano– no pueden tener como efecto el limitar la capacidad de ejercicio, sino a lo sumo implementar apoyos de asistencia, con las salvaguardias del caso, para garantizar el ejercicio personal de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

4.3. Medidas de apoyo

Para que la igualdad en materia de capacidad de ejercicio sea cierta, deben incorporarse mecanismos que permitan que las personas con discapacidad puedan manifestar su capacidad natural, por medio de su voluntad, deseos o preferencias y que no implique una sustitución, pues estas últimas medidas justamente niegan la participación del titular del derecho al remplazarla por la voluntad del representante. Es en este escenario que surgen la medida de apoyo como el complemento idóneo para garantizar que no exista discriminación, en materia de obrar, para las personas con diversidades funcionales.

Ahora bien, las medidas de apoyo no pueden imponerse coercitivamente para todos los casos donde exista una diversidad funcional, sino lo correcto es que el ordenamiento jurídico diseñe tales medidas y las ponga a disposición de las personas con discapacidad.

Por lo dicho, es que el párrafo tercero del artículo 12 –aquí glosado– señala que el deber consiste en facilitar el «acceso» a un conjunto de medidas de apoyo dirigidas a materializar el ejercicio de la capacidad según el propio interesado requiera.

En términos llanos, se deben identificar y proporcionar un conjunto de medidas –que varíaran según las necesidades específicas de cada quien– y será la persona con discapacidad la que dispondrá en principio de la iniciativa de requerir el uso de cualquiera de ellas que se adecuen a sus circunstancias personales, siendo su objetivo posibilitar la manifestación

por parte del titular de su voluntad, deseos o preferencias en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes.

Un ejemplo podría ayudar a ilustrar el planteamiento. Cualquier sujeto que va a realizar una negociación sobre algún tema de su interés tiene a su disposición la posibilidad de acudir a consultores, asesores, peritos, expertos o profesionales vinculados con la materia en análisis. Las personas con discapacidad carecen de los medios o desconocen estas opciones y ello obviamente obstaculiza que puedan expresar una voluntad libre; las medidas de apoyo permiten que el titular del derecho cuente con un asistente que le informará sobre sus opciones y de los diversos profesionales que pueden asesorarlo, además de coadyuvar a transmitir adecuadamente la información relevante para que sea el propio interesado el que tome una decisión y la exteriorice. Evidente que, para que ello funcione adecuadamente, deben tomarse ciertos recaudos a que se alude en el siguiente epígrafe.

4.4. Salvaguardas

La experiencia de siglos ha demostrado que los sistemas de tutela representativa han ocasionado infinidad de abusos y distorsiones, muchas de ellas producto de reglas jurídicas que conferían a los «protegidos» pocas garantías y escasa participación en sus propios intereses. Tal escenario sombrío debe cambiar radicalmente, y muestra de ello son los anteriores párrafos, pero, a su vez, se han visualizado hipótesis concretas que objetivamente se consideran perjudiciales para el ejercicio personal de los derechos de las personas con discapacidad y, justamente, por medio del cuarto párrafo se describen y se toman los recaudos para evitar tales situaciones mezquinas.

En tal sentido, la disposición comentada –párrafo 4– inicia con exigirles a los Estados suscriptores que diseñen en su Derecho interno «salvaguardias» a título de garantías, previsiones o controles que se dirijan a limitar que las medidas de apoyos se puedan transformar en algún tipo de arbitrariedad, atropello o ultraje en contra del ejercicio directo de los derechos por las personas con discapacidad, todo ello dentro del marco de los derechos humanos.

¿Qué aspectos en concreto deben garantizarse como mínimo a través de estas salvaguardas? En principio, que se respeten los derechos y se acate la voluntad, deseos o preferencias a la hora de ejercer las facultades y cumplir con los deberes por parte de las personas con discapacidad, es decir, que las medidas de apoyo no se conviertan en impedimentos para que el titular pueda obrar de manera directa según los propios designios y anhelos. Además, deben evitarse los conflictos de intereses muy comunes en estas relaciones donde intervienen personas con vínculos familiares, así como las influencias indebidas en la toma de decisiones.

Para ello, las medidas de apoyo deben ser ajustadas y adecuadas a los requerimientos de las personas con discapacidad, estar limitadas en el tiempo en el sentido de que duren lo mínimo necesario y ser objeto de revisiones periódicas por un ente –administrativo o judicial– autónomo y neutral en relación con el que ejecuta la medida de apoyo y competente según la ley.

4.5. Capacidad de ejercicio en institutos específicos

De los párrafos anteriores, se deduce con meridiana claridad unos principios rectores que deben regir la capacidad de las personas con discapacidad, empero los redactores consideraron conveniente incluir en el párrafo 5 del artículo 12, algunos supuestos específicos en los cuales se debe tutelar particularmente la capacidad de ejercicio, pues sobre tales relaciones jurídicas históricamente se ha restringido la capacidad de obrar por razón de poseer una diversidad funcional. En palabras llanas, se enuncian hipótesis en las cuales tradicionalmente se ha limitado considerablemente la participación directa y personal del titular del derecho, impidiéndole expresar una voluntad, deseos o preferencias sobre el mismo.

Entonces, toda persona con discapacidad tiene el derecho a no ser discriminada en el ejercicio de sus relaciones jurídicas, pero en particular de aquellas que puedan tener un carácter patrimonial, como lo serían: derechos sucesorios, derechos reales –propiedad, posesión, entre otros–,

incluyendo administrar y disponer su patrimonio²²⁷, acceder a préstamos, garantías –fianza, prenda e hipoteca–, crédito financiero, entre otros, para lo cual tendrán a su disposición medidas de apoyo y salvaguardas dirigidas a proteger tales relaciones a los fines de que no se vean perjudicadas patrimonialmente de manera antijurídica.

5. INSTITUTOS QUE DESARROLLAN LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN LA CONVENCION

De todo el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se patentiza que la promoción del ejercicio directo de los derechos es el paradigma que en materia de capacidad se sigue, de allí que cualquier limitación debe interpretarse de manera restrictiva, pues la regla es la capacidad de obrar de manera directa y personal con acceso a medidas de apoyo dotadas de las debidas salvaguardias.

En tal orden de ideas, se ve que en diversos derechos humanos regulados específicamente en el Tratado se hace énfasis en la capacidad de obrar, ratificando así lo que con detalle se norma en el artículo 12, a saber:

5.1. El principio de no discriminación y la capacidad de ejercicio

Como ha quedado cristalino –como agua de manantial–, el artículo 12 de la Convención establece que no se pueden establecer tratos, distinciones, exclusiones o restricciones que estén fundadas en poseer una diversidad funcional en todo lo concerniente al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes y no solo en aquellos aspectos vinculados con los derechos fundamentales o humanos, sino igualmente en las relaciones jurídicas de carácter estrictamente patrimoniales. Lo que quiere decir que en

²²⁷ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que sirvió de antecedente a los redactores al regular la igualdad de la capacidad jurídica alude a «firmar contratos y administrar bienes» (artículo 15.2).

materia de capacidad de obrar podrán hacerse distinciones, siempre que no tengan como único fundamento el ser una persona con discapacidad o cualquier otro motivo de los que se encuentra universalmente vetados por ser subjetivos o irracionales (artículo 5 de la Convención)²²⁸.

Artículo 4.- Obligaciones generales. 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad...

Así, por ejemplo, en la mayoría de los ordenamientos nacionales se mantiene la distinción por grupo etario entre mayores de edad y menores de 18 años, la cual se considera perfectamente válida, pues tal distingo posee un soporte objetivo y racional en el proceso biológico de maduración por el que transita el ser humano, desde su nacimiento hasta la adultez, que demanda ciertas adecuaciones y, entre ellas, reglas especiales sobre capacidad de ejercicio²²⁹.

Lo que no se puede hacer es establecer unas normas sobre capacidad, para niños o adolescentes con discapacidad, distintas a la de los demás infantes; pues, en tal caso, el distingo tendría como razón únicamente la diversidad funcional y con ello un trato discriminatorio y contrario diametralmente a la Convención que les asegura si son niñas «... que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» y, en general, que «... gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad

²²⁸ En palabras de DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La protección jurídica...»), p. 21, «no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, pues esta distinción puede partir de diferencias de hecho que expresen una fundada conexión entre esas diferencias y los objetivos legítimos de la norma, los cuales no podrían apartarse de la justicia o de la razón y no podrían perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera repugnen a la esencia unidad y dignidad de la naturaleza humana».

²²⁹ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, *in totum*.

de condiciones con los demás niños y niñas» (artículos 6.1 y 7.1). Ahora bien, las medidas de apoyo para los niños o adolescentes con discapacidad sí deberá adecuarse a su edad, desarrollo e interés superior para así facilitar el ejercicio de los derechos (artículo 7.3).

5.2. Derechos humanos y la capacidad de ejercicio

Del texto de la Convención también se deduce que en algunos supuestos el redactor ha considerado pertinente aludir expresamente la relevancia que para garantizar su disfrute y respeto tiene que el ejercicio se realice directamente por la persona con discapacidad.

Así, se pueden citar como ejemplos que se extraen de la Convención: en materia de acceso a la justicia intervenir como «participantes» directos e indirectos de los procesos judiciales (artículo 13.1); «elegir» su residencia, «adquirir o cambiar» una nacionalidad, «salir» o «entrar» al país (artículo 18.1.); «elegir» con quién se desean vivir (artículo 19.a); «ejercer» personalmente el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de información (artículo 21); «contraer» matrimonio y «fundar» una familia (artículo 23.1.a); ser parte de un sistema de educación «inclusivo» (artículo 24.1); tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente «elegido» y a «ejercer» sus derechos laborales y sindicales (artículo 27.1.c); promover el «ejercicio» del derecho a un nivel de vida adecuado y a la seguridad social (artículo 28.1); «participar» plena y efectivamente en la vida política y pública, incluido «votar» y ser elegido, «ejercer» cargos públicos y a la «incorporación» en organizaciones no gubernamentales (artículo 29) y, en fin, «desarrollar» y «utilizar» su potencial creativo, artístico e intelectual, así como a «participar» en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas (artículo 30).

Como se puede apreciar con nitidez en la mayoría de las facultades reguladas expresamente en la Convención, se pone énfasis en la importancia de que la persona con discapacidad intervenga activamente en su ejercicio para así lograr el propósito del Tratado, que no es otro que garantizar el disfrute pleno de tales derechos humanos.

6. LA PREVALENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CONVENCIÓN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado suscrito y ratificado por Venezuela (artículo 154 de la Constitución), que se encuentra vigente; en consecuencia, forma parte del Derecho interno venezolano²³⁰. Ahora bien, otro tema es determinar su verdadero valor dentro del sistema de fuentes del ordenamiento venezolano, pues la Constitución señala:

Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

La anterior disposición ha dado pie para que algunos autores hablen de una supuesta «supraconstitucionalidad» para aquellas normas internacionales sobre derechos humanos que cumplan con los requisitos de la regla transcrita de la Constitución. Es el caso de, por ejemplo, BREWER-CARÍAS:

En cierta forma, también podría ubicarse en este primer sistema de jerarquía *supra* constitucional de los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales, el caso de la Constitución de Venezuela de 1999 (...) Al señalar esta Constitución que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales prevalecen en el orden interno, es decir, el establecido en la propia Constitución y en las leyes, cuando prevean condiciones de goce y ejercicio más favorable, sin duda le está otorgando rango *supra* constitucional a dichos derechos²³¹.

²³⁰ Vid. Ley aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 236, de 06-08-09. Vid. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Los tratados no son leyes». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 131. Caracas, 1995, pp. 83 y ss.

²³¹ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. IDH. San José, 2005, p. 60.

La anterior posición se ha rebatido con diversos argumentos²³², pues revela una enorme contradicción si se sostiene, a su vez, que la Constitución es la norma suprema de un ordenamiento —y ello se hace valer en la propia Constitución (artículo 7)—; por tanto, no tiene sentido que se pretenda colocar sobre tal superioridad otras normas superiores²³³, en este caso producto de los acuerdos internacionales.

²³² Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La supremacía constitucional y la supuesta supraconstitucionalidad». En: *Derecho Procesal y otros ensayos. Libro homenaje a la obra docente del profesor René Molina Galicia*. Editorial RVLJ. F. K. ZAMBRANO FRANCO, coord. Caracas, 2018, pp. 347 y ss.

²³³ Vid. PEÑA SOLÍS, José: *Lecciones de Derecho Constitucional general*. Vol. I, t. I. UCV. Caracas, 2008, p. 177, «si bien la Constitución es una norma, o si se quiere un conjunto de normas, no se trata de cualquier tipo de normas de las que integran el ordenamiento jurídico, pues a diferencia de todas ellas, es la norma suprema, la norma de cabecera, la norma cúspide de ese ordenamiento jurídico; de allí pues, que norma suprema y supremacía constitucional tengan la misma connotación conceptual»; FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos: *Temas de Derecho Constitucional. Especial referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional*. 2.^a, ULA. Mérida, 2010, p. 128, la «Constitución se le considera suprema, o sea fundamental, y se le ubica en la cúspide de una pirámide o en la base. Cualquiera que sea la perspectiva, la Constitución encabeza o preside todo el orden jurídico y político del Estado, haciendo derivar de ella las demás normas y los demás actos que integran aquel orden jurídico»; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 23, «La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla»; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La Derecho Civil constitucional (la constitucionalización del Derecho Civil)*. CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018, p. 39, «La Constitución no es solo una norma jurídica, es también norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento, en cuanto incorpora el sistema de valores esenciales de convivencia, que ha de servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es ciertamente el “orden jurídico fundamental” de la comunidad. Es el instrumento normativo superior que orienta los valores y principios fundamentales del Estado y la sociedad».

Ciertamente, la doctrina ha sostenido que el aludido artículo 23 de la Constitución lo que persigue es precisar que los derechos humanos regulados en los convenios internacionales –que cumplan con los requisitos de forma– se integran a la Constitución si poseen disposiciones más garantistas y, en consecuencia, al formar parte de la Constitución, tienen la misma supremacía que ella; por consiguiente, tienen prevalencia en relación con el Derecho *infra* constitucional²³⁴. Entonces, la Constitución sigue siendo el texto supremo sobre el cual no se reconoce ningún instrumento superior, lo que sí puede ocurrir es que por medio de normas constitucionales expresas de «reenvío» se determine: i. una equiparación con la Constitución, ii. una preferencia de aplicación y, por supuesto, iii. una jerarquía sobre la ley; lo cual es distinto a sostener una supuesta supraconstitucionalidad²³⁵.

Según la anterior posición, es claro que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no puede tener una jerarquía supraconstitucional, pues ya se ha dilucidado que ningún tratado la posee –salvo que el mismo pretenda sustituir a la Constitución, cosa que no ocurre–. Empero, lo expuesto tampoco implica que el Tratado sea un mero instrumento con valor de ley, el artículo 23 de la Constitución lo ha dotado de una particular condición, la cual es explicada con maestría por PEÑA SOLÍS

²³⁴ Cfr. REY CANTOR, Ernesto: *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela)*. UCAB. Caracas, 2007, p. 114, «En el constitucionalismo colombiano y venezolano los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional»; AYALA CORAO, Carlos: «Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional». En: *Politeia*. N.º 26. UCV. Caracas, 2001, p. 140, apunta: «a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferentemente aun frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos reconocidos expresamente en el Derecho Constitucional –lo cual refuerza su carácter vinculante y operativo– quedan integrados al “bloque de la constitucionalidad”».

²³⁵ Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. («La supremacía constitucional...»), pp. 357 y 358.

al sostener que los tratados en materia de derechos humanos que contengan normas más favorables a las constitucionales o legales, determinan un tema de «prevalencia», que muchos confunden con «jerarquía», error que por demás se origina por la literalidad del propio texto constitucional. En todo caso, la prevalencia «produce un desplazamiento de la norma de la ley venezolana, para dar lugar a la aplicación preferente de la norma del tratado en materia de derechos humanos, manteniendo la primera su vigencia. O sea, que la prevalencia no conduce a la nulidad de la norma desplazada»²³⁶.

En tal orden de ideas, desde el punto de vista formal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cumple con las condiciones de suscripción y ratificación. Pero, además, desde el punto de vista material, el artículo 12 de la Convención establece reglas más garantistas en cuanto el goce y, con mayor razón, sobre el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, tanto en relación con el bloque constitucional como legal; es por ello que tales reglas tienen rango constitucional y prevalece su aplicación en el orden interno sobre cualquier otra disposición que por su contenido sea menos favorable al Tratado.

El principal efecto que se origina de lo anterior es que en un conflicto entre el modelo de capacidad de ejercicio que surge del artículo 12 de la Convención y el que se deduce del Código Civil, debe prevalecer el Tratado, pues es claramente más favorable al ejercicio de los derechos humanos, y tal desplazamiento en favor de la norma convencional es de aplicación inmediata y directa por todos los operadores jurídicos sin que se pueda alegar la necesidad de que se dicten normas de desarrollo y, aunque estas últimas serían convenientes, debe recordarse que la propia Constitución advierte en casos similares que «La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos» (artículo 22)²³⁷.

²³⁶ PEÑA SOLÍS, José: *Las fuentes del Derecho en el marco de la Constitución de 1999*. FUNEDA. Caracas, 2009, pp. 104 y 141.

²³⁷ *Vid.* MARTÍNEZ, Agustina Yadira y FARÍA VILLARREAL, Innes: «La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana». En: *Revista de*

7. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO SOBRE EL ARTÍCULO 12

Finalmente, un asunto que podría resultar espinoso en el caso venezolano es la interpretación de la «declaración» sobre el artículo 12 que efectuó la República al momento de suscribir la Convención²³⁸. En concreto, se formuló la siguiente afirmación:

La República Bolivariana de Venezuela reafirma su absoluta determinación de garantizar los derechos y proteger la dignidad de las personas con discapacidad. En consecuencia, declara que interpreta el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y cualquier disposición de la legislación venezolana, se aplicarán las disposiciones que garanticen la mayor protección jurídica a las personas con discapacidad, asegurando su bienestar y desarrollo integral, sin discriminación alguna²³⁹.

Derecho. N.º 3. TSJ. Caracas, 2001, pp. 133 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J.: «Los derechos no enumerados en la Constitución». En: *Estudios de Derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*. Vol. I. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 225 y ss.

²³⁸ PASTOR PALOMAR, Nuria: «Reservas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N.º 37. AEPDIRI. Madrid, 2019, p. 10, comenta que «De los 177 Estados actualmente parte en la Convención, 36 han formulado reservas, declaraciones interpretativas u otro tipo de declaraciones unilaterales a prácticamente la totalidad de sus disposiciones».

²³⁹ Vid. <https://indicators.ohchr.org/>, «*Declaration: The Bolivarian Republic of Venezuela reaffirms its absolute determination to guarantee the rights and protect the dignity of persons with disabilities. Accordingly, it declares that it interprets paragraph 2 of Article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and any provisions in Venezuelan legislation, the provisions that guarantee the greatest legal protection to persons with disabilities, while ensuring their well-being and integral development, without discrimination, shall apply*». México también realizaría una similar declaración que después sería retirada. Comenta PASTOR PALOMAR: ob. cit. («Reservas a la Convención...»), p. 28, «las declaraciones interpretativas al artículo 12, aun cuando constituyan en esencia reservas, no han recibido respuesta por parte de los Estados».

Puede pensarse que la anterior aseveración se encuadra formalmente dentro del concepto de «reserva» al Tratado²⁴⁰. Empero, debe ponderarse que la propia Convención señala en su artículo 46 que «1. No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención»²⁴¹. Por tanto, la declaración del Estado venezolano no puede interpretarse nunca como una negación de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad y un trato discriminatorio en relación con otros individuos, pues ello sería diametralmente discordante con el modelo de capacidad que se instituye a través del instrumento internacional. Pero, además, la propia Convención reconoce el valor y vigencia del Derecho interno cuando resulte más favorable:

Artículo 4.- Obligaciones generales (...) 4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

Ahora bien, en las últimas décadas, los Estados han realizado a los tratados suscritos «reservas», «declaraciones» y «declaraciones interpretativas»

²⁴⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en su artículo 2 «d. 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. *Cfr. ob. cit. (Derecho de los tratados...)*, p. 64.

²⁴¹ Esto en concordancia con el artículo 19.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

con diferentes cláusulas que ha originado una discusión sobre su verdadero alcance, de allí que la Comisión de Derecho Internacional preparará desde 1994 diversos proyectos de directrices para unificar y precisar esta materia²⁴². Por ejemplo, en el caso del Estado venezolano podemos señalar las siguientes:

- i. «Reserva» al artículo 42 párrafo 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- ii. «Declaración» a los artículos 26.1 y 92 párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- iii. «Declaración» sobre la edad mínima para el reclutamiento y alistamiento voluntario en las fuerzas armadas nacionales en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
- iv. «Declaraciones interpretativas» a los artículos 21 literales b y d, y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- v. «Reserva» al artículo 29 párrafo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

²⁴² Vid. «Las reservas a los tratados. Guía de la práctica». En: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. II, parte II (Informe sobre la labor realizada en su 62.º periodo de sesiones, 2010). ONU. Nueva York, 2015, p. 43, <https://legal.un.org>, aquí se define a las declaraciones interpretativas como «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones» (1.2). Sobre la reserva, VELÁZQUEZ BORGES, Sudis María: «Las reservas en los tratados internacionales. Una necesaria y general fundamentación jurídico-institucional». En: *Anuario de Derecho*. N.º 30. ULA. Mérida, 2013, p. 128, indica «esta figura jurídica es una de las más problemáticas y debatidas en el orden jurídico internacional convencional, en tanto que siempre ha planteado serias complicaciones teóricas y prácticas».

vi. «Reserva» al artículo 14, párrafo 3 literal d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Algunas indicaciones de las anteriores representan verdaderas reservas (casos i, ii, v y vi) como cuando se excluye del arbitraje y no reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Pero, en cambio, en otras son meros pronunciamientos interpretativos (casos iii y iv)²⁴³.

En el caso de la «declaración» que se efectúa sobre el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es evidente que la misma no puede tener la connotación de «reserva», pues además de no ser denominada como tal —forma—, desde el punto de vista material, el reconocimiento de igual capacidad de ejercicio no puede ser objeto de reserva por cuanto sería contrario al objeto y propósito del Tratado²⁴⁴.

²⁴³ PASTOR PALOMAR: ob. cit. («Reservas a la Convención...»), p. 11, recuerda: «En la mayoría de los casos, los Estados titulan sus declaraciones como “reserva”, “declaración”, o “declaración interpretativa”. Pero no todas las calificaciones dadas corresponden a la verdadera naturaleza jurídica de la declaración».

²⁴⁴ Lo más probable es que la declaración del Estado venezolano responda a distorsiones en la comprensión de la doctrina que se deduce de todo el Tratado y en particular sobre el artículo 12. Así lo destaca la Observación general N.º 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014), «el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas». Cfr. PASTOR PALOMAR: ob. cit. («Reservas a la Convención...»), pp. 16 y 17, «En la Convención de 2006 hay derechos que ocupan un lugar central en la estructura del tratado y han sido objeto de varias declaraciones unilaterales cuyos efectos jurídicos, pese a la calificación por sus autores como interpretativas, sugieren que son reservas y su compatibilidad con el objeto y fin del tratado está en cuestión. Nos referimos al artículo 12 de la Convención, relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley (...) En consecuencia, las reservas al artículo 12 de la Convención tienden particularmente a incurrir en incompatibilidad con el objeto y fin del tratado, al menos aquellas que le vacían de toda sustancia».

Huelga subrayar que resulta totalmente innecesario el pronunciamiento del Estado venezolano, por cuanto su ordenamiento interno se encuentra en un estadio tan anacrónico, en relación con las tendencias y evoluciones que ha sufrido esta materia, que no se ubican reglas nacionales que sean más favorables en cuanto a la capacidad de ejercicio que las que se podrían deducir de la sana interpretación del Tratado y, si las hubiera, se aplicaría el Derecho más favorable por mandato de la Convención (artículo 4.4) y de la propia Constitución (artículo 23)²⁴⁵.

Sería recomendable que el Estado venezolano retirara la declaración a los fines de demostrar su compromiso con el cumplimiento íntegro del Tratado y que comprende las implicaciones jurídicas que se deducen del modelo de capacidad que se instituyen con la Convención y que tiene su centro y génesis en el artículo 12.

²⁴⁵ *Cfr.* SPÓSITO CONTRERAS: ob. cit. («Panorámica iberoamericana...»), p. 186, «la aludida declaración redundante con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999 sobre el valor de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y deja pasar la oportunidad de reafirmar lo pacíficamente aceptado en el Derecho venezolano, en el sentido de que “los individuos de la especie humana son personas” (artículo 16 del Código Civil), es decir, por el hecho de ser persona tienen personalidad y capacidad».