

“CAPACIDAD JURÍDICA, DISCAPACIDAD Y
DERECHOS HUMANOS: UN NUEVO
PARADIGMA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

Tema III. Capacidad jurídica y Discapacidad:
una visión desde el Derecho Comparado
Francisco Bariffi

Propuesta de exposición

- Dos partes
- I) Nociones básicas de conceptos jurídicos.
- II) Estudio de Derecho Comparado.



Parte I

Nociones básicas de
conceptos jurídicos.



Art. 12 CIDPD

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.

¿Qué significa personalidad jurídica?

- El individuo es dotado de “personalidad jurídica”, es decir, de ser reconocido como posible titular de derechos y obligaciones (*bearer of legal rights and obligations*).
- El reconocimiento de la personalidad jurídica asimismo supone una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales. (diferencia con las cosas y los animales)



En otras palabras

“Todo ser humano” – mujer u hombre, niños de ambos sexos, ciudadanos, extranjeros y apátridas-, tiene el derecho a gozar de su estatus y capacidad reconocida en el ordenamiento jurídico. Cada uno de ellos, es una “persona” con estatus y capacidad en el ordenamiento jurídico, lo que supone tener derecho y asumir obligaciones. En principio la capacidad de los seres humanos a ser dotados de personalidad jurídica comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte ¿Esto es siempre así?

¿Qué implica capacidad jurídica?

La Convención no lo define. Por ello hay que hacer uso de la interpretación.

Un informe de la ONU sostiene:

Al referirse a la capacidad de llevar a cabo ciertas acciones o ser parte de relaciones jurídicas particulares, esta definición parece sugerir que el término “*capacidad jurídica*” tiene elementos comunes con el de “*capacidad de obrar*”, es decir, capacidad de celebrar actos con efectos jurídicos



En otras palabras

Capacidad jurídica debe ser definida como la capacidad y el poder de ejercer derechos y contraer obligaciones por decisión personal, es decir, sin asistencia o representación de un tercer. El concepto presupone la capacidad de ser un potencial sujeto de derecho y obligaciones (elemento estático), y otorga la capacidad de ejercer dichos derechos y contraer obligaciones generando, modificando, o extinguiendo relaciones jurídicas (elemento dinámico).

Pensemos en una empresa

- Personalidad jurídica propia (nacimiento como una sociedad, una fundación, una asociación)
- Capacidad jurídica (capacidad de celebrar actos válidos en representación de la empresa)

La CJ como puerta de acceso al ejercicio y goce de los DDHH

- La condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica, es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos. Sin un reconocimiento pleno de capacidad jurídica, no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos humanos en general, pero tampoco al exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos por la CDPD a todas las personas con discapacidad

La CJ como una cuestión de derechos humanos

- No es una cuestión meramente retórica

Consecuencias

- Las normas que la regulan se debe adaptar a las normas de DDHH.
- Interpretación pro-persona
- Menos restrictivo posible
- Inviolabilidad de la persona es absoluta

Teoría de la representación (TR)

- Representación es vital para el derecho (imaginen el flujo de actos civiles sin posibilidad de representación)
- TR tiene una relación directa con la autonomía de la voluntad (AV). (elemento clave)
- La TR reposa sobre dos dimensión de la AV:
- 1) La voluntad crea la Representación
- 2) La falta de AV crea una presunción legal de necesidad de Representación
 - A) Inexistencia de AV
 - B) *Presunción de falta de AV*

Pongamos en contexto los tres elementos

- 1) Representación
- 2) Autonomía de la voluntad
- 3) Discapacidad

Hay una relación entre la discapacidad y la falta de autonomía de la voluntad (criticada)

Hay una relación entre la falta de autonomía de la voluntad y la finalización de la representación.

Esto se salda con la Representación legal (Tutela)

La incapacitación

- La interdicción o incapacitación (registra diferentes nombres en los diferentes derechos nacionales) se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a limitar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que la va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida.

Tutela

- Representación sustitutiva legal que sitúa el ejercicio de la capacidad jurídica (toma de decisiones) en un tercero que decide en nombre de su representado.
- El ejercicio tutelar tiene restricciones o limitaciones y control judicial. Aunque la tutela tiene como fin proteger al tutelado, y debe velar por su mejor interés, lo cierto es que el tutor decide en nombre de su representado sin consultarle ni participarle en la toma de decisiones.

Tensión permanente

DDHH

- Humanizado
- Vaguedad
- Lagunas jurídicas

Dcho.
Privado

- Deshumanizado
- Exhaustividad
- Seguridad jurídica



Parte II

Estudio de Derecho Comparado.

Derecho Comparado

- Se hará énfasis en las causas de incapacitación o interdicción.
- No se mencionarán las instituciones de guarda o protección

Tres modelos

- El modelo de atribución directa de incapacidad. Cuando una deficiencia directamente es la causa de la incapacitación
- El modelo de atribución indirecta . Cuando una deficiencia sólo causa incapacitación cuando la misma no permite el autogobierno.
- Modelos de promoción de autonomía. Cuando la incapacitación es la ultima ratio con importantes garantías judiciales de promoción de la autonomía.

Sistemas de atribución directa



Chile

- **Código Civil Chileno**
- **Art. 1446.** Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.
- **Art. 1447.** Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Argentina

- **Código Civil Argentino**
- **Art. 52.** Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.
- **Art. 54.** Tienen incapacidad absoluta:
 - 1° Las personas por nacer;
 - 2° Los menores impúberes;
 - 3° Los dementes;
 - 4° Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

Colombia

- **ARTICULO 1503.** <PRESUNCION DE CAPACIDAD>. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.
- **ARTICULO 1504.** <INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. < Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE y subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-983-02 de 13 de noviembre de 2002> Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender [~~por escrito~~]

Sistema de atribución indirecta



España

- **Código Civil español**

Artículo 199.

- Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

Artículo 200.

- Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Portugal

ARTIGO 138º (Pessoas sujeitas a interdição)

- 1. Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens...

México

- **Código Civil Federal de México**
- **Artículo 450.** Tienen incapacidad natural y legal:
- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lucidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Canadá

- *Civil code of Québec (L.Q., 1991, c. 64)*
- **256.** La intervención protectora de una persona mayor de edad se deberá establecer en su interés y deberá tener como objetivo la protección de su persona, la administración de su patrimonio, y en un sentido general, el ejercicio de sus derechos civiles...
- **258.** Un tutor o curador será designado para representar, o un asesor para apoyar, a la persona mayor de edad que es incapaz de cuidar de sí mismo, o de administrar sus propiedades a causa, en particular, de enfermedades, deficiencias y debilidades de la edad que impiden a la persona su facultad mental o física de expresar su decisión...
- **259.** Al escoger la forma de intervención protectora, se deberá considerar el grado de incapacidad de la persona para cuidar de sí misma o de administrar su patrimonio....

Italia

- **Código Civile Italiano**
- **Art. 414 Persone che possono essere interdette**
- Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione. (417 e seguenti).
- **Art. 415 Persone che possono essere inabilite**
- Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato (417 e seguenti, 429). ...

Modelo de promoción de autonomía

- Modelos que dan un paso más hacia la promoción de la autonomía
- Ello no supone que se ajusten plenamente a lo estipulado en el artículo 12 de la Convención

Reino Unido

- **Ley sobre Capacidad Mental de 2005 (Inglaterra y Gales) (Mental Capacity Act 2005) (England and Wales) (c. 9)**

1. Principios generales (*The principles*)

- (1) Los siguientes principios serán de aplicación a la presente Ley:
- (2) Se debe presumir que una persona tiene capacidad salvo que se establezca que la misma carece de discapacidad.
- (3) No se debe tratar a una persona como incapaz de tomar una decisión a menos que todos los pasos posibles hayan sido adoptados para ayudarle y los que mismos no hayan tenido éxito.
- (4) No se debe tratar a una persona como incapaz de tomar una decisión únicamente sobre el argumento que ha tomado una decisión errónea (unwise)
- (5) Un acto realizado, o una decisión adoptada, en virtud de la presente Ley por parte o en representación de una persona que carece de capacidad debe ser siempre realizado, o adoptado en su interés superior.
- (6) Antes de realizar un acto, o adoptar una decisión, se debe considerar especialmente si el objeto para el cual es requerido puede ser efectivamente llevado a cabo de un modo tal que sea lo menos restrictivos de los derechos y libertades de la autonomía de la persona.

2. Personas que carecen de capacidad (*People who lack capacity*)

- (1) A los efectos de la presente Ley, una persona carece de capacidad en relación con un asunto (*in relation to a matter*), si al momento específico, la misma es incapaz (*unable*) de adoptar una decisión por sí misma en relación con dicho asunto debido a una deficiencia, o disturbio en el funcionamiento de la mente o el cerebro.
- (2) Resulta irrelevante si la deficiencia es permanente o temporaria.
- (3) La falta de capacidad no puede ser establecida por simple referencia a:
 - (a) la edad o apariencia de la persona, o
 - (b) el comportamiento o su aspecto que pueda llevar a otros a conclusiones injustificadas sobre su discapacidad.
- (4) En los procedimientos en virtud de la presente Ley, toda incertidumbre sobre si una persona tiene o no capacidad debe ser decidida sobre un balance de probabilidades...

3. Incapacidad de tomar decisiones (*Inability to make decisions*)

- (1) A los efectos del artículo 2, una persona es incapaz de adoptar una decisión para sí mismo si no puede:
 - (a) comprender la información relevante para dicha decisión,
 - (b) retener dicha información
 - (c) usar o sopesar dicha información como parte del proceso de adoptar dicha decisión
 - (d) comunicar su decisión (bien sea oralmente mediante el habla, usando lengua de señas o cualquier otro medio)
- (2) Una persona no debe ser considerada como incapaz de comprender la información relevante para una decisión, si la misma puede comprender una explicación proporcionada de un modo apropiado a su situación (usando lenguaje simple, ayudas visuales, o cualquier otro medio)

Nueva Zelanda

- **Ley de Protección de los Derechos Personales y Patrimoniales de 1988 (*Protection of Personal and Property Rights Act 1988 No 4 (as at 01 July 2009), Public Act*)**

5. Presunción de competencia [ámbito personal] (Presumption of competence)

- A los efectos de la presente Ley, toda persona debe presumirse, hasta que se pruebe lo contrario, que tiene capacidad:
- (a) Para comprender la naturaleza, y a prever la consecuencias, de las decisiones relacionadas con sus cuidados personales y su bienestar; y
- (b) Para comunicar decisiones respecto dichas cuestiones.

24. Presunción de competencia [ámbito patrimonial] (Presumption of competence)

- A los efectos de la presente Ley, toda persona se debe presumir, hasta que se pruebe lo contrario, que tiene capacidad para administrar sus asuntos relacionados con su patrimonio.

Órdenes personales

- Requisitos (6)
- Personas carecen total o parcialmente la capacidad de comprender la naturaleza, y a prever la consecuencias, de las decisiones relacionadas con sus cuidados personales y su bienestar.
- Diferentes tipos de Órdenes (10)
- Una de ellas puede ser la designación de un tutor de bienestar. (12) (no puede adoptar decisiones importantes) (18)

Órdenes patrimoniales

- Requisitos (25)
- Personas que total o parcialmente carecen de capacidad para administrar sus asuntos relacionados con su patrimonio.
- Diferentes tipos de órdenes (30)
- Una de ellas puede la designación de un administrador (31) (tienen limitaciones importantes para enajenar y donar) (35)

Suecia

- **Ley de Servicios y Apoyos a Personas con Ciertas Deficiencias Funcionales SFS 1993:387 (*Act concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments - Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade*)**
- **No existe la incapacitación sólo personas que requieren de servicios de apoyo.**

Artículo 1

- La presente Ley contiene disposiciones relativas a medidas para el apoyo especial y servicios para aquellas personas que:
 - 1. Tienen in retraso mental, autismo o una afección que se asemeje al autismo,
 - 2. Tienen una deficiencia funcional intelectual considerable y permanente,
 - 3. Tienen otras deficiencias funcionales permanentes físicas o mentales que no se manifiesten por el envejecimiento normal, si tales deficiencias son de magnitud y causan dificultades considerables para la vida diaria,

Artículo 9

- Las medidas de apoyo y servicios especiales son:
- Asesoramiento u otro apoyo personal que requiera de un conocimiento sobre problemáticas y afecciones presentes en la vida de una persona con deficiencias funcionales permanentes y severas.
- Ayuda por parte de un asistente personal o apoyo financiero,
- Servicios de acompañamiento
- Ayuda por parte de un contacto personal,
- Servicio de ayuda en el hogar
- Ausencias cortas del hogar,
- Supervisión por períodos cortos para niños escolarizados,
- Ajustes para la vida familiar en el hogar o en residencias con servicios especiales para niños o adolescentes que necesitan vivir fuera del hogar de los padres,
- Ajustes en residencias,
- Actividades diarias para personas que no están empleadas,

Artículo 10

- Adicionalmente a las medidas solicitadas por la presente Ley, una persona puede solicitar un plan individual, con medidas aprobadas de común acuerdo con la persona en cuestión.



Francisco José Bariffi bariffi@mdp.edu.ar

- Subdirector del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”
- Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina