

CAPACIDAD JURÍDICA, DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

UNA REVISIÓN DESDE LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco Bariffi
Agustina Palacios
COORDINADORES



EDIAR

ÍNDICE

PRÓLOGO ······	7
----------------	---

Miguel Ángel Cabra de Luna

PARTE I

CAPACIDAD JURÍDICA, AUTONOMÍA Y DIGNIDAD HUMANA: REFLEXIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS

SOBRE LA CAPACIDAD ······	13
---------------------------	----

Rafael de Asís Roig

1. ¿Dónde estamos? ······	14
1.1. <i>El papel del ser humano en la ética y el Derecho</i> ······	14
1.2. <i>Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar</i> ······	18
1.3. <i>La CDPD y la capacidad: el paso hacia el modelo de apoyo desde la perspectiva de la situación</i> ······	20
2. ¿Hacia dónde debemos ir? Una necesaria relectura de la capacidad ética y jurídica ······	22

PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA: PERSPECTIVAS SOBRE EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL ARTÍCULO 12 DE LA CDPD ······	31
--	----

Gerard Quinn

1. Introducción ······	31
2. Personalidad: choque de conflictos y la racionalidad puesta en la cúspide de la pirámide ······	34

3. Capacidad jurídica: generando un espacio en el "mundo de la vida"	39
4. El cambio de paradigma: ¿por qué necesitamos un nuevo vocabulario?	42
5. El texto	49
6. Conclusiones	52

EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA

Michael Bach

1. Introducción	55
2. ¿Qué significa tener "personalidad" jurídica y ejercer la "capacidad jurídica" en igualdad de condiciones con los demás?	56
3. ¿Son las nociones de "discapacidad", "incapacidad" o "necesidad de protección" necesariamente equiparables?	61
4. Distinción entre "capacidad jurídica", "capacidad mental" y "capacidad de tomar decisiones"	63
4.1. Limitaciones del criterio de capacidad mental: "comprensión de la naturaleza y consecuencias de todas las opciones"	66
4.2. La expresión de intención y voluntad como característica de la agencia humana	68
4.3. Identidad personal: un enfoque "narrativo" de la agencia humana	70
4.4. Un mínimo umbral de agencia humana y capacidad para "tomar decisiones"	72

5. Reconsiderando las bases morales de "persona" y capacidad jurídica	78
6. ¿Cuáles son los apoyos necesarios para ejercer la capacidad jurídica sobre una base de igualdad con los demás?	85
7. ¿Cómo debe administrarse en la vida diaria la toma de decisiones con apoyos, el consentimiento y las obligaciones?	87
8. ¿Cómo evaluar quién debe obtener tal o cual tipo de apoyo en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica, en qué medida, de qué manera y cuándo?	90
8.1. Maximizando la capacidad jurídica a través de la capacidad para tomar decisiones, en un contexto de realización progresiva	98
9. Sugerencias de lineamientos para una reforma legislativa en virtud del artículo 12	103
10. Conclusión	107

PARTE II

CAPACIDAD JURÍDICA Y SOCIEDAD

BASES SOCIALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. DISCAPACIDAD, RIESGO Y RESILIENCIA

Amelia Dell'Anno

1. Introducción	111
2. El plano societario	116
3. El enfoque de la resiliencia	122
4. Discapacidad y actitudes sociales	128
5. Reflexiones finales y perspectivas de actuación	130

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL
SECTOR PRIVADO EN EL RECONOCIMIENTO
Y LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD 135

Andreu Joan Martínez Hernández
Marta Puig Campmany

1. Introducción 135
2. Las Naciones Unidas y la RSE 139
3. La responsabilidad social y
el desarrollo sostenible 143
4. La Convención sobre los Derechos de las
Personas con Discapacidad: el artículo 32 145
5. El papel de la discapacidad en la cooperación
internacional para el desarrollo 150
6. En conclusión 152

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y SU
REVISIÓN A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN.
UNA VISIÓN DESDE EL MOVIMIENTO
ASOCIATIVO ESPAÑOL 155

Luis Cayo Pérez Bueno

1. Consideración previa 155
2. El nuevo marco de referencia:
la Convención de la ONU 157
3. La igual capacidad ante la ley de las personas
con discapacidad 159
4. La realidad de partida: el modelo
de la sustitución 160
5. La irrupción de la Convención: el artículo 12 162

6. ¿Cómo configurar un sistema de apoyos acorde
con la Convención? 165
7. Forzando el cambio: programa de trabajo
en la esfera nacional 166

CAPACIDAD JURÍDICA, FAMILIA Y
SOCIEDAD CIVIL. EL MODELO SOCIAL,
UNA MIRADA HACIA ADENTRO 169

Luis G. Bulit Goñi

1. Introducción, aclaración y propuesta 169
2. Aproximación al concepto de sociedad civil 175
 - 2.1. "Sociedad civil" ¿Sabemos de qué hablamos? 175
 - 2.2. La incidencia de la sociedad civil 180
 - 2.3. No todos somos buenos y altruistas. Intereses e ideología 181
 - 2.4. La familia dentro del concepto de sociedad civil 183
3. El reconocimiento de la capacidad jurídica
en la sociedad civil y la familia 185
4. Conclusiones 198

PARTE III

CAPACIDAD JURÍDICA, DERECHOS HUMANOS,
Y DERECHO INTERNACIONAL

REINTERPRETANDO LA CAPACIDAD JURÍDICA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA NUEVA MIRADA DESDE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	201
Agustina Palacios	
1. El proceso de elaboración del artículo 12	201
1.1. El modelo de sustitución versus el modelo de apoyo en la toma de decisiones	209
1.2. La "personalidad jurídica" y la "capacidad jurídica"	212
1.3. Sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica	214
1.4. Sobre el alcance de la definición de capacidad jurídica	216
1.5. El proceso de adopción final del artículo 12 de la Convención	220
2. Los aspectos medulares del artículo 12	224
2.1. Reafirmando el reconocimiento de la personalidad jurídica	225
2.2. Reconociendo la igualdad en materia de capacidad jurídica	226
2.3. Garantizando el ejercicio de la capacidad jurídica	231
2.4. Asegurando salvaguardias en la implementación del sistema de apoyos	233
2.5. Garantizando medidas concretas en materia patrimonial	235

LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES PARA LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 12 DE LA CDPD, VÍNCULOS CON EL ARTÍCULO 13 E IMPACTO EN EL DERECHO INTERNO	237
--	-----

María Soledad Cisternas

1. Introducción	237
2. Estatus jurídico de la CDPD como tratado de derechos humanos respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales	238
3. Igual reconocimiento como persona ante la ley, artículo 12 de la CDPD	240
4. Acceso a la justicia, artículo 13 de la CDPD y sus vínculos con el artículo 12	252
5. Reflexiones y conclusiones	259
5.1. Reflexiones	259
5.2. Conclusiones	261

RESERVAS EFECTUADAS AL ARTÍCULO 12: SU ADMISIBILIDAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	263
---	-----

Catalina Devandas Aguilar
Stefan Trömel Sturmer

1. Introducción	263
2. Las reservas a los tratados internacionales	264
2.1. Reservas versus declaraciones interpretativas	266
2.2. Objeciones a las reservas y su retiro	268
3. Admisibilidad de las reservas	270
3.1. ¿Qué entidades pueden evaluar la admisibilidad de las reservas?	273

3.2. <i>El papel efectivo de los órganos de vigilancia de los tratados en materia de reservas</i>	274
3.3. <i>Reservas en la CDPD</i>	275
4. Análisis de admisibilidad de las reservas al artículo 12	276
4.1. <i>El propósito de la CDPD y el artículo 12</i>	276
4.2. <i>Las reservas formuladas al artículo 12</i>	278
5. Conclusiones y recomendaciones	284

PARTE IV

CAPACIDAD JURÍDICA, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PRIVADO

CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD: UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO

Francisco J. Bariffi

1. Introducción	289
2. Capacidad jurídica, discapacidad e incapacidad. Precisiones conceptuales	292
3. Modelos de atribución de incapacidad	296
4. El modelo de atribución directa	298
4.1. <i>Argentina</i>	299
4.2. <i>Chile</i>	301
5. El modelo de atribución indirecta	304
5.1. <i>España</i>	305
5.2. <i>Italia</i>	307
6. El modelo funcional	309
6.1. <i>Inglaterra y Gales</i>	309

6.2. <i>Nueva Zelanda</i>	314
7. El modelo de apoyos	317
7.1. <i>Canadá (Estado de Columbia Británica)</i>	318
7.2. <i>Suecia</i>	320
8. Algunas experiencias de reforma legislativa	324
8.1. <i>Hungría</i>	324
8.2. <i>Colombia</i>	328
9. Conclusiones	330
DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO	333
Otilia del Carmen Zito Fontán	
1. Introducción	333
2. Antecedentes	335
2.1. <i>Factores sociales</i>	335
2.2. <i>Avances científicos</i>	336
3. Derecho de autoprotección	340
4. Actos de autoprotección. Marco jurídico	341
4.1. <i>Derecho privado</i>	341
4.2. <i>Constitución Nacional y tratados internacionales</i>	344
4.3. <i>Jurisprudencia</i>	350
4.4. <i>Capacidad</i>	352
4.5. <i>Contenido</i>	352
4.6. <i>Forma</i>	353
4.7. <i>Registros de autoprotección</i>	354
5. Conclusiones. Legalidad y eficacia	356
6. Poderes preventivos. Autotutela	357

VOLUNTAD, CAPACIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA VEJEZ: EL PROBLEMA COTIDIANO DE LA AUTONOMÍA JURÍDICA FRENTE AL ENVEJECIMIENTO . . .		361
<i>María Isolina Dabove</i>		
1. Introducción		361
2. El régimen normativo de la autonomía de la voluntad en el derecho argentino		364
2.1. <i>Los componentes de la voluntad</i>		365
2.2. <i>Los componentes de la capacidad</i>		367
3. La consideración de la ancianidad en las prácticas jurídicas referidas a la autonomía de la voluntad . . .		371
4. Los principios iusfundamentales de justicia en la autonomía de la voluntad de las personas de edad . .		380
5. Conclusiones		384
LOS APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD		385
<i>Carlos Marín Calero</i>		
1. Panorama previo		385
2. El cataclismo de la Convención		386
3. Un intento de solución		388
4. Nuestra propuesta		392
5. Inscripción de la situación de discapacidad y de los apoyos obligatorios		403
6. Indicadores de abuso		404
ANEXO: UNA PROPUESTA DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LA LUZ DE LA CDPD		405

PARTE V
EL JUICIO DE CAPACIDAD ANTE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y SOCIALES

CAPACIDAD JURÍDICA: EL JUEZ Y EL MARCO DE ACTUACIÓN ANTE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRENTE AL PROCESO DE INTERDICCIÓN		423
<i>María Graciela Iglesias</i>		
1. Introducción		423
2. El juez, la ley y la razón		424
3. El proceso del derecho interno en la actualidad: el marco de actuación del juez y el derecho de la persona a los derechos		427
3.1. <i>Requisitos de la enfermedad mental</i>		428
3.2. <i>Criterio jurídico en la declaración de interdicción</i>		429
4. Valoración social		434
5. Interdicción y CDPD		436
6. El proceso, el juez, la sentencia y la Constitución . . .		437
6.1. <i>La protección de la persona humana</i>		441
6.2. <i>El derecho a la vida</i>		442
LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA ACTUACION NOTARIAL: EL NOTARIO "OMBUDSMAN SOCIAL"		451
<i>Almudena Castro-Girona Martínez</i>		
1. Introducción		451
2. ¿Qué relación guarda todo ello con la actividad notarial?		461

2.1. ¿Qué es el notario?	461
2.2. El deber de asesoramiento	462
2.3. El juicio de capacidad notarial	466
2.4. ¿Qué tipo de actos autoriza el notario?	468
3. La actuación notarial a la luz del artículo 12 de la Convención: el notario como autoridad o defensor social	470
3.1. Expresión de voluntad y asesoramiento	472
3.2. Prestación de consentimiento informado	473
EL JUICIO DE CAPACIDAD Y EL MINISTERIO FISCAL. LA LABOR DEL FISCAL EN LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O MENTAL . .	
Carlos Ganzenmüller Roig	
1. Introducción. El Ministerio Fiscal como defensor del ciudadano con discapacidad en la protección y garantía de sus derechos fundamentales	477
2. El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal	480
2.1. Problemática en torno a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar	482
2.2. Del ejercicio de la capacidad jurídica: mecanismos de apoyo y salvaguardias	484
3. De la accesibilidad de las personas con discapacidad a la administración de justicia y la necesaria especialización del Ministerio Fiscal	492
3.1. De la capacitación del Ministerio Fiscal	494
3.2. De la unidad de criterios y eficacia de la función	495
3.3. Medios materiales	496

PARTE VI
CAPACIDAD JURÍDICA, DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PERSONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

INGRESO Y PERMANENCIA INVOLUNTARIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS DE INTERNACIÓN. SU VIABILIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN

499

Roxana Amendolaro
Mariano Laufer Cabrera

1. Introducción	499
2. La situación de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas de Argentina	502
3. Contexto que genera la CDPD	505
4. Principales derechos vulnerados a la luz de la CDPD a las personas que permanecen alojadas en centros de internación	509
4.1. Derecho a la vida	510
4.2. Derecho a un nivel de vida adecuado, a la integridad personal y a la protección contra la explotación, la violencia, los abusos, los tratos crueles, inhumanos o degradantes y la tortura	512
4.3. Derecho a la libertad personal, a la protección contra la detención arbitraria, a las garantías del debido proceso, al acceso a la justicia y al igual reconocimiento como personas ante la ley	517
4.4. Derecho a la igualdad y no discriminación, a la toma de conciencia, a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad	523
5. Palabras finales	524

**NO DISCRIMINACIÓN, CAPACIDAD
JURÍDICA Y DERECHO A NO SER
SOMETIDO A TRATAMIENTO
MÉDICO OBLIGATORIO**

527

Tina Minkowitz

1. Introducción 527
2. Análisis del principio de no discriminación 528
3. Análisis del principio de no discriminación
aplicado a la capacidad jurídica 531
 - 3.1. Diseño inclusivo 532
 - 3.2. Accesibilidad 534
 - 3.3. Ajustes razonables 535
 - 3.4. Apoyos 536
4. Un nuevo paradigma de apoyo para las personas
con discapacidad psicosocial 537
 - 4.1. Decisiones acerca de los tratamientos médicos
y no sometimiento a torturas y malos tratos 539
 - 4.2. Internamiento por motivo de tratamiento obligatorio o
cualquier privación de libertad basada en la discapacidad 545
5. Responsabilidad penal 546
6. Conclusión 547

**CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y
EJERCICIO DE DERECHOS PERSONALES
Y PERSONALÍSIMOS**

551

Pablo Oscar Rosales

1. Introducción al tema 551
2. Derechos personalísimos en la CDPD 553

3. Análisis sobre el ejercicio de algunos de los
derechos personalísimos en la CDPD 553
 - 3.1. Derecho a la privacidad 553
 - 3.2. Derecho a la salud de las personas con discapacidad 555
 - 3.3. Habilitación y rehabilitación de las
personas con discapacidad 562
 - 3.4. La situación de las personas con discapacidad
como consumidores 567
 - 3.5. Ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos
de las personas con discapacidad 570
4. Conclusiones 574

**LA NOCIÓN DE INCOMPETENCIA
EN EL MARCO DE LA BIOÉTICA.
SU APLICACIÓN A LA CAPACIDAD
JURÍDICA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD**

577

Dolores Loyarte

1. Introducción 577
2. Síntesis del sistema legal vigente 579
3. Capacidad y competencia 581
4. Incompetencia y ejercicio
de derechos humanos 589
5. Apoyos especiales ante situaciones
de incompetencia 592
6. Salvaguardias adecuadas en
casos de incompetencia 596
7. Nuevos paradigmas y un
compromiso compartido 599

**DERECHOS HUMANOS Y
BIOÉTICA: CAPACIDAD JURÍDICA,
CONSENTIMIENTO Y
CONSENTIMIENTO INFORMADO 601**

Javier Romañach Cabrero

1. Introducción	601
2. Nuevos paradigmas legales y bioéticos en la CDPD y en el modelo de la diversidad	602
2.1. <i>El modelo de la diversidad: dignidad en la diversidad</i>	603
2.2. <i>La CDPD (diversidad funcional)</i>	604
2.3. <i>Interpretación del artículo 12 de la CDPD</i>	608
2.4. <i>Impacto en el ámbito bioético</i>	611
2.5. <i>Impacto en la legislación española</i>	611
3. Capacidad jurídica, consentimiento, consentimiento informado y autonomía	613
3.1. <i>Autonomía y consentimiento informado</i>	615
3.2. <i>El derecho a la información</i>	617
3.3. <i>La información y el artículo 8 de la CDPD</i>	618
3.4. <i>El consentimiento informado y sus implicaciones</i>	620
4. Conclusiones	623