

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada por la ONU la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa a la discapacidad en el plano de los Derechos Humanos.

La Convención se aprobó después de un proceso de negociación increíblemente rápido en el ámbito internacional en el cual colaboraron conjuntamente no sólo los gobiernos de los distintos estados sino también la sociedad civil y en concreto el movimiento asociativo de las personas con discapacidad reflejando el ya acuñado lema , "nada de la discapacidad sin la discapacidad".

La Convención entró en vigor el tres de mayo de 2008 convirtiéndose en un instrumento jurídico vinculante exigible para todos aquellos Estados que la han ratificado , en la actualidad , mas de 40 y, por su importancia, ha de suponer un antes y un después para el colectivo de las personas con discapacidad al constituir, quizás , el único instrumento jurídico vinculante en esta materia que ha de permitir "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad".

El artículo 1º de la Convención recoge su finalidad así como una definición amplia de discapacidad al establecer que el propósito dela nueva normativa es :

"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras , puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás"

Por su parte el artículo 3º reconoce los principios generales , tales

como, entre otros:

- a) el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona.
- b) la no discriminación.
- c) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- d) el respeto a la diferencia.
- e) la accesibilidad.
- f) la igualdad entre el hombre y la mujer.
- g) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La gran relevancia de la Convención deriva de que supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad.

En efecto, que de un modelo médico o rehabilitador se pasa a un modelo social o integrador, frente al criterio de épocas anteriores en las que se concebía a las personas con discapacidad como personas enfermas que debían estar apartadas, incluso ocultas, y que mediante el correspondiente tratamiento médico debían superar su deficiencia y adaptarse al modelo de vida existente en la Sociedad.

En cambio, la Convención considera , como no puede ser de otra manera , a las personas con discapacidad ante todo desde su dimensión humana y personal , se trata de personas que se encuentran en una situación de desventaja social que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés teniendo como eje fundamental la dimensión universal de los derechos fundamentales de la persona de modo que "El "problema" no esta en la persona sino en la sociedad".

La sociedad debe fomentar, procurar, la integración de los discapaces, y para que la integración sea real debe realizarse en base a la autonomía de la persona con discapacidad, es decir ha de protegerse y fomentarse la participación activa de la persona con discapacidad en el logro de aquellos objetivos que sean esenciales a su persona, al desarrollo de su propia personalidad dentro, claro está, de su propias capacidades.

Esto tiene una vital importancia en el ámbito del Derecho , y en particular , en el ámbito del Derecho Civil puesto que enlaza

directamente con la capacidad jurídica y de obrar de las personas, que es la que permite el desarrollo de esa autonomía.

De ahí que, en esta breve charla deba centrarme en destacar, por su especial relevancia, el contenido del artículo 12 de la Convención.

La redacción definitiva de este artículo fue fuente de graves discusiones e incluso estuvo a punto de poner en peligro la adopción misma del texto final de la convención, la discusión se centraba en la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, pues mientras los países de cultura occidental tanto de Europa como de América, liderados por los de la UE, abogaban por el reconocimiento pleno de la capacidad de obrar, otros, como los países islámicos, China y Rusia, se limitaban exclusivamente a la capacidad jurídica, lo que provocó la asombrosa inclusión de una salvedad mediante una novedosa "nota a pie de página" en el propio precepto que fue posteriormente suprimida en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, de modo que la redacción final del nombrado artículo quedó como sigue:

"Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se*

proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, 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.*

Este precepto distingue claramente los dos conceptos clásicos de capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y que es inherente al ser humano por el sólo hecho de ser persona y la capacidad de obrar o aptitud para ejercitar esos derechos y asumir obligaciones que, frente a la anterior, admite graduaciones y que en el ámbito que nos ocupa se refiere claramente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica puesto que las personas con discapacidad física o sensorial no tienen problema en cuanto a su capacidad de obrar pues cosa distinta será la accesibilidad, es decir, la necesidad de establecer medios técnicos o eliminar barreras que les permitan ejercer esa capacidad de obrar.

Por tanto , el tema se plantea en cuanto a la discapacidad psíquica y a su vez hemos de distinguir dentro de ésta según los grados de discapacidad , a este respecto suscita cierta preocupación la ausencia, en el texto de la Convención, de referencias a la diversidad dentro de la discapacidad pues, hay que insistir en que las medidas necesarias para el goce de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica.

Así y partiendo de esta concepción clásica que impera en los países occidentales y que en los trabajos preparatorios de elaboración de la convención impuso con fuerza y rigor la Unión Europea, vemos como en su primeros párrafos del artículo se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica , inherente a toda persona, mientras que en los apartados más polémicos, como son el tercero y el cuarto, se reconoce la capacidad de obrar aunque sin utilizar expresamente esta terminología sino la de " el ejercicio de la capacidad jurídica", para imponer a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo que les permita su ejercicio.

Mención especial se merece el apartado cuarto pues impone a los Estados la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las salvaguardias adecuadas y efectivas en el ejercicio de esa capacidad jurídica para impedir abusos asegurándose el respeto de sus derechos y de su AUTONOMIA evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida , procurando en todo momento que esas salvaguardias sean proporcionales , adaptadas a la PERSONA sujetas a un control por parte de una AUTORIDAD u ORGANO JUDICIAL atendiendo siempre al SUPERIOR INTERES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Es claro , por tanto , que los Estados Signatarios de la Convención habrán de adaptar sus legislaciones a las exigencias de la convención desde el momento en que la ratifiquen, y es en este ámbito donde se mueve el polémico tema de la conveniencia o inconveniencia de la incapacitación judicial de las personas con discapacidad y la procedencia , y ahora incluso, necesidad u obligación de establecer

procedimientos alternativos , de métodos distintos que se basen en el respeto a la persona y contribuyan al desarrollo de todas sus capacidades y aptitudes , única forma de conseguir la plena integración social de las personas con discapacidad.

Así cabe pensar en formas mas flexibles, temporales, revisables y voluntarias que respeten esa autonomía basadas en el superior interés de la persona con discapacidad, medidas que fueron el motor de reformas en diferentes países dentro de la UE , cabe pensar por ejemplo en los siguientes países :

A) En Derecho español con la reforma del año 2003 se reguló el llamado “Patrimonio protegido” sobre la base de la autonomía de la persona con discapacidad , utilizando la expresión “capacidad suficiente”; y se reformó el Código Civil introduciendo la figura jurídica de la “autotutela” de manera que *“Cualquier persona con la **capacidad de obrar suficiente**, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor”*; y se admitió el poder preventivo, con subsistencia de efectos pese a la falta de capacidad sobrevinida del poderdante.

b) en el Derecho italiano la ley de 9 de enero de 2004 bajo la denominación de “Amministrazione di sostegno” (arts. 404 y ss. C.c. italiano).regula esta figura que está prevista para aquellos casos en los que la persona, como consecuencia de una enfermedad física o psíquica se encuentra en situación de imposibilidad parcial o temporal para hacer frente a sus propias necesidades, por ello se prevé que, a estos efectos, pueda ser asistida por una administrador nombrado por

el Juez.

c) La introducción en el año noventa de la "betreuung" en derecho alemán modificada en el 98 por las dificultades financieras para su aplicación y que es una nueva forma de tutela sin la condición previa de una "incapacitación" del adulto, flexiblemente adaptada a las necesidades de la persona para un apoyo y una representación jurídicas.

d) De modo especial destaca la ley francesa 2007-308 de cinco de marzo que establece medidas de protección muy variadas en su grado de intensidad, desde las mas leves , como la "salvaguardia de justicia", para un caso concreto, hasta las mas fuertes como la tutela permanente, medidas que deberán ser adoptadas por el juez si bien la reciente reforma del 2008 que entró en vigor en enero de este año aboga por un sistema de "desjudicializacion".

Así, en Francia se puede nombrar por vía judicial tutores que se encarguen de gestionar el patrimonio y velar por el bienestar de las personas dependientes en dichos casos, pero existen importantes demoras para realizar este trámite, de modo que la nueva normativa permitirá a los interesados y sus progenitores agilizar estas gestiones por la vía notarial, para ello, se deberá depositar ante notario un documento en el que se podrá designar a la persona encargada de gestionar los bienes y velar por el cumplimiento de una serie de medidas que garanticen el bienestar de las personas incapacitadas para tomar esas decisiones por sí mismas.

Este último inciso nos lleva a reflexionar sobre de cuales deberían ser esos nuevos mecanismos que deben establecerse en los diferentes estados para dar cumplimiento a la implantación de un sistema de "apoyo" basado en la autonomía de la persona con discapacidad , según sus capacidades , y bajo el necesario control de una autoridad. Al respecto cabe pensar en la utilidad de la intervención de una autoridad publica encargada de la seguridad jurídica preventiva como es el Notario, que, bajo su responsabilidad, puede emitir un juicio de capacidad de fuerte presunción legal a favor de la capacidad suficiente

de las personas con discapacidad. En este sentido permítaseme destacar que, en España, el Reglamento Notarial exige al Notario que se asegure de que, a su juicio, los otorgantes tienen la *capacidad civil suficiente* para otorgar el acto o celebrar el negocio concreto, pues ello dependerá de la naturaleza del acto o contrato y de las exigencias del el Derecho Sustantivo en orden a la capacidad de las personas..

Además, debería tenerse en cuenta que en el juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también el principio general del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad y cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial.

Caben éste y otros expedientes que permitan, faciliten el desarrollo de la autonomía personal en el campo jurídico.

Ahora bien, cualquiera que sean los mecanismos o soluciones a adoptar, como dije al principio y reitero como conclusión, hemos de partir de la base que la Convención de los derechos humanos de las personas con discapacidad cambia todo nuestro panorama jurídico del Derecho Civil como Derecho de la Persona.

Las personas con capacidades diferentes pasan a ser sujetos activos de derecho, dentro de sus capacidades y con los apoyos externos que necesiten, ahora bien , hay que tener sumo cuidado en las reformas legislativas que abordemos, hemos de establecer un abanico de mecanismos que permitan el fomento de la autonomía de las personas con discapacidad e impidan los abusos o influencias indebidas , en este sentido , el notariado europeo , tiene ante sí un reto , un reto que ha de abordar desde la sólida preparación técnica jurídica de los notarios europeos y desde la experiencia vivida en cada uno de nuestros despachos , pues el colectivo notarial, altamente cualificado y en contacto directo con la realidad, tiene que estar en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad en una materia tan importante para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición e ideología, como es la defensa y protección de los

derechos de las personas con discapacidad.

En suma, el notario , en el ejercicio de su función esta íntimamente vinculado **a los derechos de la persona y al bienestar de las familias y debe colaborar en dar soluciones jurídicas a los problemas de las personas mas vulnerables.**

Almudena Castro-Girona Martínez.

Marzo 2009.