
LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA NUEVA APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

DIEGO ROBLES FARÍAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Capacidad vs. Incapacidad, la concepción tradicional*. III. *La discapacidad y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. IV. *La promulgación de la Convención en México y la "declaración interpretativa"*.

Resumen: El presente trabajo analiza la capacidad y su relación con la contratación. Aborda los conceptos de capacidad e incapacidad de acuerdo al concepto tradicional que distingue entre personas capaces e incapaces, declarando a estas últimas como no-hábiles para contratar o para obligarse. Posteriormente analiza el concepto moderno de *discapacidad* propuesto por la *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (ONU 13 diciembre 2006) aprobada y promulgada por México (aprobación: DOF 24 octubre 2007 y promulgación: DOF 2 mayo de

2008). Esta nueva visión abandona la clásica distinción entre capacidad de goce y ejercicio (capacidad de obrar) y aboga por una capacidad única que incluye a aquellas personas con alguna discapacidad, quienes tienen derecho a un trato igualitario con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, especialmente el jurídico. Las personas con discapacidad tienen derecho a apoyos y salvaguardias, tanto jurídicos como materiales, para ejercer su capacidad por sí mismos, incluso en el ámbito de la contratación. Se trata, en suma, de un diagnóstico de los problemas Asociados con la situación jurídica en la que se encuentran las personas con alguna discapacidad.

Palabras clave: Discapacidad, Salvaguardias, Incapacidad.

Abstract: This work analyzes the legal capacity and its relationship with contracting. It approaches concepts of legal capacity and incapacity in accordance with the traditional concept that distinguishes between capable and incapable persons, declaring the latter as non-able to contract or bind. Subsequently, it analyzes the modern concept of dis-capacity proposed by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (United Nations, December 13, 2006) approved and issued by Mexico (approval: Official Journal of the Federation October 24, 2007 and promulgation: (Official Journal of the Federation May 2, 2008). This new vision abandons the classical distinction between the capacity to acquire and enjoy legal benefits and the capacity to enter into binding contracts or otherwise act within the law (capacity to execute) and advocates for a single capacity that includes people with disabilities, who are entitled to an equal treatment with other people, in every aspect of life, specially legal purposes. People with disabilities are entitled to support and safeguards, both legal and material, to exercise their capacity for themselves, even in the field of contracting. It is, in its core, a diagnostic of the problems associated with the legal situation of the disabled persons.

Key Words: Disability, Safeguards, Inability.

I. INTRODUCCIÓN

La *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, que fue aprobada y promulgada por México¹, constituye un hito en lo relativo a la capacidad de las personas. Frente al concepto tradicional que hace una división tajante entre personas capaces e incapaces, se alza la figura intermedia (*tercius genus*) de la *discapacidad*², que se sitúa entre la capacidad y la incapacidad, para indicar una disminución de la capacidad general, pero no una falta absoluta de capacidad (*in-capacidad*) como en la regulación tradicional.

La Convención reconoce que no existe una sola incapacidad y al mismo tiempo hace evidente lo injusto de un único procedimiento de incapacitación judicial regulado en la mayoría de los países (en México la declaratoria del estado de interdicción) por medio del cual se deja a las personas que tienen disminuidas sus facultades mentales (y a veces las físicas), en una situación de total desventaja jurídica al no poder ejercer personalmente ningún derecho y apartándolos totalmente de la posibilidad de celebrar cualquier contrato, incluso aquellos de la vida ordinaria.

Resulta paradójico que mientras se cristalizan en todo el mundo (de manera particular en México) esfuerzos públicos para lograr la integración social, laboral, profesional y educativa de las personas con discapacidad, en el ámbito jurídico y particularmente en el de la contratación, no se hayan realizado los cambios legales para reconocer que las personas con algún grado de discapacidad que no sea impedimento para que actúen de

¹México la firmó *ad referendum* publicándose el decreto de aprobación en el DOF del 24 de octubre de 2007 y el decreto de promulgación en el DOF del 2 de mayo de 2008.

²Se evitan términos peyorativos como minus-válido pues una persona discapacitada no vale menos que nadie. Tampoco se acepta la referencia a sujetos con capacidades especiales, pues un discapaz no tiene ninguna capacidad especial –no vuela ni respira bajo el agua– por el contrario, se trata de hacer evidente la igualdad de condiciones con las demás personas.

manera homologable con el comportamiento de las demás personas, puedan emitir su consentimiento y éste sea vinculante por lo menos respecto de aquellos contratos de la vida diaria, que contribuyen a su integración social efectiva.

Un gran número de personas con discapacidad son capaces de aprender, adquirir prudencia, sensatez, moderación, cautela y discernimiento, atributos que les permiten actuar en el mundo jurídico con total normalidad³, por lo menos respecto de aquellos contratos necesarios para llevar una vida común y corriente, cubrir sus necesidades cotidianas y realizarse como personas. Respecto de otro tipo de contratos, ciertamente requerirán del apoyo de otras personas, pero ¿no nos sucede a todos algo similar? Todos requerimos apoyo y asesoría para aquellos actos en los que no somos peritos. A las personas con discapacidad hay que integrarlos a la vida ordinaria –incluyendo la jurídica– sin utilizar su situación como un elemento de sobreprotección, situación que, sin duda, va en contra de su desarrollo social.

El derecho civil tiene que propiciar esa integración jurídica, regulando la capacidad no en sentido abstracto (como lo hace actualmente) sino de manera concreta, en términos de suficiencia para cada acto. No es válida la reducción del problema a un único esquema simplificado, en el que de manera totalmente alejada de la realidad, se considera que ciertas personas son perfectas (las plenamente capaces) y por tanto todo lo pueden, o imperfectas, que por ello son calificadas como plenamente incapaces.

Es objetivo del presente trabajo analizar la capacidad y su relación con la contratación, así como hacer un diagnóstico de los problemas jurídicos asociados con la situación en la que se encuentran las personas que sufren alguna discapacidad. Abordaremos primero los conceptos de capacidad e incapacidad de acuerdo al concepto tradicional decimonónico que distingue de manera maniquea entre personas capaces e incapaces, de-

³Cfr. Varela Autrán, Benigno, *La necesaria adecuación de los ordenamientos jurídicos a las diversas variedades de discapacidad intelectual*, ponencia, Jornadas Aequitas, Guadalajara, México, 17 y 18 septiembre de 2009.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

clarando a estas últimas como no-hábiles para contratar o para obligarse. Después analizaremos el concepto moderno de *discapacidad* propuesto por la doctrina moderna e impulsado por la Convención. Esta nueva visión abandona la clásica distinción entre capacidad de goce y ejercicio (capacidad de obrar) y aboga por una capacidad única que favorece a todas las personas sin distinción, incluyendo aquellas con alguna discapacidad, quienes deben ser tratadas en igualdad de condiciones que las demás personas y en todos los aspectos de la vida, especialmente el jurídico. De acuerdo a esta perspectiva, las personas con discapacidad tienen derecho a apoyos y salvaguardias para ejercer su capacidad por sí mismos, incluso en el ámbito de la contratación. Veamos ahora, sin más preámbulo, la regulación actual de la capacidad en nuestro medio.

II. CAPACIDAD VS. INCAPACIDAD, LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL

De acuerdo a la doctrina tradicional, la capacidad es esa *aptitud* de una persona para ser titular de derechos y asumir obligaciones, así como para ejercer los primeros y cumplir con las segundas por sí misma. Este concepto engloba los dos tipos de capacidad que reglamenta nuestra legislación civil⁴: la de *goce* y la de *ejercicio*.

La de *goce* es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, aptitud que corresponde a toda *persona* por el solo hecho de serlo, pues la capacidad es un atributo de la personalidad (Art. 22 CCF).⁵ Por otro lado, la capacidad de *ejercicio* (o capacidad de obrar como se conoce en otros países) es la aptitud de las personas para hacer valer o ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismos. Esta capacidad corresponde ex-

⁴En el presente estudio utilizaremos como referencia el Código Civil Federal mexicano, al que mencionaremos como CCF.

⁵Este atributo se extiende a los seres humanos concebidos pero no nacidos, a quienes la ley considera “como nacidos” y les reconoce capacidad de goce (Art. 22 CCF, *in fine*).

clusivamente a las personas físicas y se relaciona con la *idoneidad* para valerse y conducirse por sí misma, considerando su edad, su madurez intelectual, su salud mental y sus aptitudes volitivas o sensoriales⁶, de forma que permita apreciar si una persona puede conducirse por sí misma y por consiguiente, considerarla como hábil para contratar y obligarse.

En materia de contratación, el consentimiento, para que sea vinculante, debe emitirse por una persona dotada de *capacidad de ejercicio*, pues la incapacidad es causa de invalidez de los contratos (Art. 1795-I CCF). Por ello un menor de edad, o un mayor incapacitado no puede celebrar ningún contrato, incluso aquellos de la vida ordinaria. Es estricto sentido, si un padre manda a su hijo menor de edad al supermercado a comprar víveres, el contrato estará afectado de nulidad, lo mismo que una persona mayor de edad, con inteligencia límite, no podría aceptar una herencia o una anciana disminuida de sus facultades no tendría derecho a cobrar por sí misma la pensión de viudez, todo por la falta de capacidad de ejercicio a la que se encuentran sujetos.

La importancia que reviste el consentimiento en materia de contratación implica que se deba ser extremadamente escrupuloso en la determinación de la capacidad intelectual y volitiva. Tradicionalmente se ha afirmado que el consentimiento, para que sea válido y eficaz en plenitud, debe ser otorgado de manera libre, espontánea, consciente y seria. Estas cualidades se logran cuando lo expresa una persona plenamente capaz. Por ello –de acuerdo con la doctrina tradicional– el consentimiento, cuando es emitido por un incapaz, no es vinculante, es decir, no obliga a quien lo emite y por tanto el acto jurídico celebrado personalmente por el incapaz, es nulo y tarde o temprano podrá ser privado de sus efectos jurídicos.

Conforme a la actual regulación, para determinar qué personas tienen capacidad de ejercicio debemos hacer un trabajo de exclusión: en principio, son hábiles para contratar todas

⁶Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso Parte General, Personas y Familia*, 13ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 398.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

las personas no exceptuadas por la ley (Art. 1798 CCF).⁷ Por exclusión son incapaces, es decir, tienen *incapacidad de ejercicio* las personas que expresamente determine la ley. La incapacidad de ejercicio puede definirse como la carencia de aptitud para que una persona pueda hacer valer sus derechos y cumplir sus deberes por sí misma.

De acuerdo con nuestra legislación tienen incapacidad natural y legal las siguientes personas (Art. 450 CCF): i.- Los menores de edad⁸; ii.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; iii.- Los mayores de edad que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial y iv.- Los mayores de edad adictos a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupeficientes.

Las limitaciones y perturbaciones a que se refiere el inciso ii, o las alteraciones en la inteligencia provocadas por las afecciones o adicciones a que se refieren los incisos iii y iv, deben ser de tal importancia, que los mayores de edad que las padezcan no puedan gobernarse por sí mismos, o no puedan manifestar su voluntad por algún medio, lo que les impida obligarse.

De conformidad con esta visión tradicional, las limitaciones o perturbaciones de la inteligencia (locura, idiotismo, imbecilidad), las afecciones, o enfermedades que produzcan deficiencias de carácter físico, psicológico o sensorial (los ciegos, sordos o mudos; los esquizofrénicos, entre otros) o el uso de drogas o alcohol no constituyen una causa o razón de incapacidad, sino que deben estar acompañados de los efectos nocivos y permanentes en las facultades volitivas, sensoriales o de comunicación

⁷La capacidad de ejercicio que corresponde a las personas físicas tiene las siguientes características: i.- Es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles (Art. 2 CCF); ii.- Otorga la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley (Arts. 24 y 647 CCF); iii.- Habilita a la persona para contratar y obligarse (Art. 1798).

⁸El Art. 646 del CCF dice: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

de las personas, que ocasionen que un determinado sujeto no pueda ser considerado como hábil para contratar y obligarse, y en consecuencia, que no pueda disponer de su persona o de sus bienes personalmente.⁹ Si el trastorno en las facultades de una persona fuera transitorio y celebrara un contrato, hablaríamos de un vicio del consentimiento, pero no de una incapacidad de ejercicio, la que como apuntamos, debe ser permanente para inhabilitar jurídicamente a una persona.¹⁰

Como se aprecia, a pesar de la existencia de los mecanismos mencionados, por lo general la forma en que se soluciona la situación de incapacidad en nuestro derecho es mediante la *sustitución* de la voluntad del incapaz por la de otra persona que emite el consentimiento en su lugar.

Del repaso de la posición tradicional en esta materia podemos señalar como notas fundamentales las siguientes:

i.- Una división tajante entre dos tipos de personas: las completamente capaces y las absolutamente incapaces.

ii.- Un único concepto de incapacidad, que no reconoce las diferencias entre los diversos tipos y grados.

iii.- En consecuencia, la inhabilitación jurídica de los incapaces, quienes tienen vedada la celebración de cualquier contrato por sí mismos, incluso los de la vida ordinaria, pues su voluntad no es vinculante. En caso de celebrarlos estarán afectados de nulidad.

⁹En este sentido sirve como ejemplo la siguiente tesis de la SCJN: *Testamento otorgado en estado de ebriedad*. Aun admitiendo el estado de ebriedad del testador, cuando otorgó el testamento, de ello no se deduce necesariamente la ausencia total de sus facultades mentales, que lo incapacitara para testar, cuando no se demostró un grado de ebriedad absoluto, y completo que lo privara de su cabal juicio. Amparo directo 4724/66. Josefina Rocha de Saucedo, 26 de abril de 1967. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Amparo directo 4724/66, SJF 6ª época, vol. CXVIII, p. 114

¹⁰Por ello, en casos determinados, existen en nuestra ley los mecanismos para que las personas afectadas por alguna de las deficiencias físicas o intelectuales señaladas puedan contratar u otorgar un acto jurídico por sí mismas, como en el supuesto del testamento que otorgan un loco en un intervalo de lucidez (Arts. 1307 al 1311 CCF), un sordo (Art. 1516 CCF) un ciego (Art. 1517 CCF) o bien la regulación de la emisión del consentimiento cuando alguien no puede firmar por alguna deficiencia física (Arts. 1514 y 1834 CCF).

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La posición anterior es desconcertante y se encuentra totalmente alejada de la realidad. Es un hecho que existen muchísimos tipos de incapacidad y de diversos grados. En cierto sentido, todos somos incapaces para algo y para ello necesitamos ayuda, apoyo o garantías, ya por enfermedad, vejez, falta de experiencia, desconocimiento, etc. Resulta también paradójico que ante el amplísimo abanico de discapacidades exista un único remedio: la incapacitación judicial a través de la declaratoria de interdicción. Esta situación es incompatible con las políticas públicas que promueven la integración de las personas con discapacidad al ámbito social.

Por todo ello, el derecho privado debe modificar sus postulados para dejar de ver al discapacitado como un objeto de protección jurídica y, en su lugar, considerarlo como sujeto de derecho totalmente integrado a la normalidad jurídica, reconociendo su capacidad inherente y creando los sistemas e instituciones necesarios para apoyarlo y complementarlo cuando sea necesario, todo ello con miras a potenciar su autonomía personal y su integración, con toda naturalidad, a la vida en sociedad. Más que *suplir* la capacidad jurídica como hasta ahora, el derecho privado debe orientarse a *completar* o *asistir* la capacidad jurídica de aquellos que no la tienen completa. Esto no resulta una situación novedosa, pues ya existe en otros países y, por otro lado, la Convención tiene esa finalidad según veremos a continuación.

III. LA DISCAPACIDAD Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De conformidad con el texto de la Convención, las personas con discapacidad son aquellas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo (no transitoria) que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.¹¹

¹¹Art. 1 de la Convención.

Como se aprecia, el concepto anterior no califica a las personas con alguna deficiencia como incapaces, por el contrario, hace énfasis en aquellas barreras que les impiden el ejercicio pleno de la capacidad y su participación social plena e igualitaria. Por ello podemos afirmar que la discapacidad es un concepto en evolución, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias en su capacidad y las barreras debidas a la actitud de las personas y al entorno, que evitan su integración social, en igualdad de condiciones con los demás.¹²

El propósito de la Convención es, precisamente, promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.¹³

La Convención rompe con el paradigma de la incapacidad, señalando de manera categórica que las personas con discapacidad tienen *capacidad jurídica* en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.¹⁴ La posición anterior es de fundamental importancia, porque abandona la clásica distinción del siglo XIX entre capacidad de goce y de ejercicio. Esta nueva postura implica el reconocimiento de una única capacidad para todas las personas, incluyendo las que tengan alguna discapacidad. A estas últimas se les debe proporcionar el *apoyo* y las *salvaguardas* (podríamos entenderlas como “garantías”) que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.¹⁵

Para entender a plenitud los conceptos anteriores es necesario partir de la afirmación de que *todas* las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, incluso las que tengan alguna discapacidad, pero a estas últimas habrá que proporcionar *apoyos* para que puedan ejercer personalmente sus derechos. Se trata pues, del modo en que habrán de ejercerla y no de ausencia de capacidad.

¹²Inciso e) del preámbulo de la Convención.

¹³Art. 1 de la Convención.

¹⁴Art. 12 párrafo 2 de la Convención.

¹⁵Art. 12 párrafos 3 y 4 de la Convención.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De entre los principios en que se funda la Convención (Art. 3) sobresalen, para la materia contractual que nos ocupa, el de autonomía individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y la igualdad de oportunidades. Éstos otorgan a los discapacitados la oportunidad de actuar personalmente en el mundo jurídico, alejándose de la consideración habitual que se tiene de estas personas como objetos de atención y cuidado, y no como sujetos de derecho que pueden decidir sobre aspectos importantes de su vida.¹⁶

Por otro lado, el Estado debe proporcionar las *salvaguardias*¹⁷ adecuadas y efectivas para impedir abusos. 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 sujetos a exámenes periódicos por parte de la autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Finalmente las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.¹⁸

El hecho de que las personas con alguna discapacidad puedan ejercer *personalmente* sus derechos es inconcebible a la luz de

¹⁶Cfr. Rosales, Pablo Oscar, *La nueva Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, www.pablorosales.com.ar consultado el 9 de marzo de 2010, Lexis n. 0003/013151.

¹⁷La palabra *salvaguardia* según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española significa: “1.- Guarda que se pone para la custodia de una cosa, como para los propios de las ciudades, villas, lugares y dehesas comunes y particulares, y para los equipajes en los ejércitos, etc.; 2.- Señal que en tiempo de guerra se pone, por orden de los comandantes militares, a la entrada de los pueblos o a las puertas de las casas, para que sus soldados no les hagan daño; 3.- Papel o señal que se da a alguien para que no sea ofendido o detenido en lo que va a ejecutar; 4.- Custodia, amparo, garantía.” Como se aprecia, por analogía se utiliza como aquellas garantías o protecciones que se deben otorgar a las personas con alguna discapacidad en su actuar.

¹⁸Art. 12 párrafo 4 de la Convención.

la doctrina tradicional. Sin embargo, de acuerdo a la Convención, sí podrán hacerlo y para ello contarán con el apoyo del poder público, a través de la designación de tutores, la autorización judicial u otras medidas encaminadas a que puedan ejercer sus derechos en plenitud. Por ello la Convención establece que el Estado tomará todas las medidas 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 velará por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.¹⁹

De acuerdo a esta nueva visión de capacidad, una persona con *Síndrome de Down* podrá ejercer personalmente sus derechos y en aquellos en que lo requiera, recibirá el apoyo necesario. Podrá tener un empleo acorde a sus habilidades²⁰, abrir una cuenta bancaria y girar en contra de ella, podrá ir al supermercado y adquirir los bienes que requiera (celebrando contratos de compraventa), podrá arrendar una vivienda, e incluso podrá casarse y tener familia.²¹ El Estado y la sociedad deberán proporcionarles protección contra la explotación y el abuso²², los apoyos y salvaguardias necesarias para que logre insertarse en la comunidad de manera normal.

La visión moderna de una única capacidad general e indiscriminada implica que cualquier persona, incluso las que tengan alguna discapacidad, puedan ejercer por sí mismos sus derechos. Algunos de éstos podrán ejecutarlos de manera personal y sin ningún obstáculo (ir al supermercado, encontrar un empleo, tener y utilizar una tarjeta de débito, celebrar un contrato de arrendamiento, aceptar una herencia, etc.) otros requerirán del apoyo de otras personas (adquirir o vender un inmueble, obtener un préstamo hipotecario, etc.).

¹⁹Art. 12 párrafo 5 de la Convención.

²⁰Art. 27 de la Convención.

²¹Art. 23 de la Convención.

²²Art. 16 de la Convención.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Al firmar la Convención, nuestro país se obligó a tomar todas las medidas legislativas pertinentes para el pleno reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad, obligándose con ello a modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra dichas personas.²³ Por ello es imperativo promover la modificación de los Códigos Civiles tanto federal como de las Entidades Federativas, así como las leyes del notariado, entre otras, a fin de que sus normas se adecuen a esta nueva visión de la capacidad, acabando con la injusta regulación tradicional y aboliendo las barreras legislativas que existen para que estas personas puedan desarrollarse de manera plena.

Al respecto, vale la pena mencionar la forma en que está regulada la capacidad de obrar en el Código Civil Alemán (BGB).²⁴ De acuerdo al derecho germano, es incapaz de obrar (Par. 104) quien no ha cumplido los siete años de edad, o quien se encuentra en un estado de alteración patológica de la actividad intelectual que excluye la libre determinación de la voluntad, a no ser que el estado sea transitorio por su naturaleza. Como se aprecia, se reconoce la capacidad de los mayores de siete años, a menos que esté afectado de una discapacidad permanente de carácter intelectual. La disposición anterior se complementa con el reconocimiento de la validez de los negocios de la vida diaria realizados por un mayor de edad incapaz con recursos de limitado valor (Par. 105a).²⁵

Volviendo al tema de las acciones a tomar por nuestro país, consideramos que deben crearse instituciones para proporcionar el

²³Art. 4 inciso 1, a y b de la Convención

²⁴Código Civil Alemán, Bürgerliches Gesetzbuch, (BGB), traducción del Dr. Albert Lamarca Marqués (director), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

²⁵En materia de actos ilícitos el BGB establece: Par. 828.- Menores de edad.- 1.- Quien no ha cumplido los siete años de edad, no es responsable de un daño que causa a otro. 2.- Quien ha cumplido los siete años de edad pero no los diez no es responsable del daño causado a otro por un accidente de automóvil, ferrocarril o funicular. Ello no rige si la lesión se ha producido dolosamente. 3.- Quien todavía no ha cumplido los dieciocho años de edad no es responsable de los daños que causa a otro, en tanto su responsabilidad no resulta excluida según el apartado 1 o 2, si en la realización del acto causante del daño no poseía el necesario discernimiento para comprender la responsabilidad.

apoyo y salvaguardias que aseguren el ejercicio pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, similares a las que ya existen en otros países, como la *Sauvergard de justice* en Francia, la *Betreuung* de Alemania y la *Administradore di sostengo* en Italia.

Además debe desarrollarse un concepto mucho más amplio de tutela, que no tenga la estrechez jurídica actual como una forma de vigilancia y representación legal, sino que sea una institución con un perfil mucho más amplio y globalizador, con un enfoque de complementación y no de sustitución de la voluntad, como en la actualidad.²⁶

A la par, deben crearse figuras legales que sirvan de apoyo y complementación a las personas con un grado de discapacidad que no amerite una declaración de interdicción (no están incapacitados), pero que, sin embargo, requieren de esos apoyos en ciertos negocios jurídicos, similares a las que ya existen relacionadas con el concepto de incapacitación tradicional:

i.- La *Patria potestad prorrogada*, cuando la interdicción (incapacitación) es declarada durante la minoría de edad y los padres continúan ejerciéndola al alcanzar el incapaz la mayoría de edad.

ii.- La *Patria potestad rehabilitada*, que corresponde a los padres de una persona con discapacidad mayor de edad soltero y sin hijos que vive con sus padres.

iii.- La *Guarda de hecho*²⁷ que corresponde a personas que no necesariamente son parientes de una persona que tenga una discapacidad compatible con un personal autogobierno, a quien únicamente hay que apoyar en relación con algunos negocios jurídicos importantes, pero en todo lo demás, el discapacitado podrá actuar con total autonomía y autogobierno.

iv.- El *Patrimonio especialmente protegido*²⁸, que incluya aquellos bienes de una persona discapacitada que constituyan una masa patrimonial especialmente protegida (p.e. que se de-

²⁶Varela Autrán, *op.cit.* p.13

²⁷Cfr. O' Callaghan, Xavier, *Reresentación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho*, en Los derechos de las personas con discapacidad, v.III, José Luis Terrero, coordinador, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 289

²⁸ Estrena Palomero, Blanca, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, *idem*, p. 985

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

clara inalienable e inembargable) para asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales y que quede sometida a un régimen especial de administración y supervisión. Respeto a sus demás bienes, el discapaz podrá administrarlos y disponer de ellos con absoluta libertad.

De igual modo, es preciso que se legisle para crear instituciones que prevengan y aseguren la propia discapacidad, como la posibilidad de que una persona capaz, en previsión de su posible incapacitación, designe sus propios tutores (*Autotutela*), o haga exclusión expresa de determinadas personas del ejercicio de la tutela (*Autotutela negativa*), o la posibilidad de designar un apoderado que siga ejerciendo la representación cuando llegue la discapacidad del poderdante (*Poderes preventivos o continuados*).

IV. LA PROMULGACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN MÉXICO Y LA “DECLARACIÓN INTERPRETATIVA”

La Convención constituye derecho interno en nuestro país²⁹ y por lo tanto es aplicable de manera obligatoria a partir de su promulgación y entrada en vigor. Además, al estar sobre la legislación federal y estatal³⁰, sus disposiciones (particularmente las relativas a la capacidad) deben prevalecer respecto de la legislación común (los Códigos Civiles de las Entidades Federativas).

No obstante enfrentará varios obstáculos, como la existencia de una costumbre muy arraigada de discriminación hacia

²⁹Art. 133 Constitucional.

³⁰Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado la siguiente tesis de jurisprudencia: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Amparo en revisión 1475. Sindicato de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

las personas con discapacidad y la absurda “declaración interpretativa” de la Convención introducida por la Cámara de Senadores al ratificarla³¹, lo que permitirá la aplicación de las normas tradicionales acerca de la incapacidad reguladas por los distintos Códigos Civiles de las Entidades Federativas y las Leyes del Notariado.

En efecto, en el acto de ratificación de la Convención la Cámara de Senadores estableció una interpretación oficial que dice:

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

El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención al que se refiere la declaración interpretativa dice:

“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.”

A nuestro juicio el párrafo antes transcrito es, en materia de contratación, el más importante de la Convención, pues es el que declara que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, es decir, con las personas que no tienen discapacidad. Como hemos dicho, en dicho inciso, la Convención abandona el modelo de *sustitución* de la voluntad –el hecho de que un tercero pueda tomar decisiones en nombre y por cuenta de la persona con discapacidad– y adopta el sistema de *apoyo* para el ejercicio de la capacidad jurí-

³¹Publicada en el DOF del 24 de octubre de 2007.

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

dica, es decir, en lugar de que un tercero tome las decisiones, se procura por todos los medios que la persona con discapacidad manifieste su voluntad y ésta se respete, reconociendo con ello la dignidad de la persona en esas circunstancias.

La interpretación oficial lejos de aclarar el sentido viene a destruir su verdadera finalidad y significado, pues ¿quién y bajo qué criterios decidirá cuál es la norma que confiere mayor protección a la persona? Por otro lado, la declaración interpretativa autoriza a los jueces a que declaren *incompetente* para gobernarse a sí mismo a una persona con discapacidad, bajo el argumento de “garantizar su mejor protección legal”, logrando con ello la aplicación de las normas tradicionales acerca de la incapacidad de ejercicio y haciendo nugatoria la finalidad de la Convención, de cuyo espíritu resulta que se da mayor protección a las personas con discapacidad si se les reconoce su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas y se les proporcionan los medios para ejercerla.³²

Consideramos que la declaración interpretativa no sólo va en contra del espíritu y los principios de la Convención, sino que es ilegal, pues se establece en contravención a su propia regulación. En efecto, el artículo 4 inciso 5 de la Convención dice: “Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados Federales sin *limitaciones ni excepciones*”. Con la interpretación se da el efecto inverso, pues se establece una limitación en su aplicación. Por otro lado, el artículo 46, que se refiere a las Reservas de los Estados, expresamente señala: “No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y propósito de la presente Convención” y, para nosotros, la declaración interpretativa no es otra cosa que una reserva encubierta que, como hemos apuntado, compromete la aplicación de la Convención y va en contra de sus principios y finalidades.

Es pues indispensable que se retire la declaración interpretativa y que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de las esferas nacionales y locales reconozcan la importancia de los

³²Cfr. Boletín de prensa 201/2007 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del 8 de octubre de 2007.

derechos conferidos por la Convención y adecuen la legislación y las políticas públicas en materia de capacidad jurídica para las personas con discapacidad, de forma que se cumpla con el objetivo de la Convención de fortalecer la capacidad, y proteger y asegurar con ello el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover así el respeto de su dignidad inherente.

Recibido: 30-11-2010
Aprobado: 10-06-2011