

Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad

Emilio Spósito Contreras*

pp. 175-191

Invitado: 19 may 2022

Sumario

I. Introducción | II. Desarrollo | 1. Noticia: la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica | 2. Antecedentes | 3. Definición técnico-legal de las personas con discapacidad en el Derecho venezolano | 4. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006) | 5. El nuevo paradigma del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad | 6. El proyecto venezolano de Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad | 7. Panorámica de la capacidad jurídica en el subsistema jurídico latinoamericano | III. Conclusión y advertencias finales

* Instituto de Estudios Superiores en Administración (IESA), Magíster en Administración. Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; cursante del Doctorado en Ciencias mención Derecho; Profesor Agregado de Derecho Civil I (Personas). Universidad Monteávila (UMA), Profesor de Historia del Derecho (Derecho Romano I). Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Investigador asociado.

Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad

Resumen: Es previsible el avance (“penetración”) del nuevo paradigma de las personas con discapacidad en los ordenamientos del sistema jurídico romanista. No obstante, debemos ser cautelosos por los importantes efectos que entre nosotros puede significar la modificación o supresión de instituciones protectoras tan fundamentales como la patria potestad, la tutela de mayores incapaces o incluso la prodigalidad como causa de la incapacitación. En materia de personas con discapacidad, aunque resulta muy positivo el perfeccionamiento del concepto de discapacidad, ello no debe llevarnos a subestimar o rechazar las instituciones que tradicionalmente han sido creadas para la protección de los comparativamente más vulnerables. La subversión del sentido tuitivo de nuestro Derecho no es un evento cualquiera, sino que puede amenazar las propias bases de nuestra convivencia.

Palabras claves: Discapacidad | Ordenamiento | Patria potestad | Persona | Prodigalidad | Sistema jurídico | Tutela.

Ibero-American overview of current legal trends on persons with disabilities

Abstract: The advance (“penetration”) of the new paradigm of persons with disabilities in the civil legal system is foreseeable. However, we must be wary of the important effects that the modification or abolition of protective institutions as fundamental as parental authority can have among us, the guardianship of incapable adults or even prodigality as a cause of incapacitation. With regard to persons with disabilities, although the concept of disability has been improved very positively, this should not lead us to underestimate or reject the institutions that have traditionally been created for the protection of the comparatively vulnerable. The subversion of the tuitive sense of our Law is not just any event, but it can threaten the very foundations of our coexistence.

Keywords: Disability | Law | Parental authority | Person | Prodigality | Legal system | Guardianship.

I. Introducción

El 12 de julio de 2021, previo a la aprobación de la reforma de la legislación civil y procesal española en materia de discapacidad, la Cátedra Domínguez Guillén, con la moderación del profesor Edison Valera Cáceres, tuvo a bien invitar al autor del presente trabajo a disertar sobre las nuevas tendencias jurídicas en materia de personas con discapacidad, para lo cual se dejaron por escrito las reflexiones que ahora se presentan como una contribución al debate sobre un tema tan importante como sensible para las personas, las familias y la sociedad.

Dicho esto, como premisa teórica, a partir de lo señalado por Pierangelo Catalano, profesor emérito de la Universidad de Roma La Sapienza, distinguimos entre ordenamientos y sistemas jurídicos¹. Así, por ejemplo, para el primer caso, hablamos de Derecho venezolano o Derecho español, y para el segundo caso, de Derecho romano o Derecho anglosajón, es decir, sistemas como expresión de la cultura. A partir de ello, Catalano advierte de la interacción entre ordenamientos y sobre todo sistemas, que determinan -sin que ello implique a priori una valoración-, movimientos de “penetración” y “resistencia” de conceptos e instituciones jurídicas. La recepción del Derecho Romano por los árabes y los germanos durante la Edad Media, son ejemplo de la más o menos exitosa penetración de un sistema en otro.

Por otra parte, temas delicados como el reconocimiento de derechos a animales no humanos o inteligencias artificiales, la legalización del aborto, el matrimonio de personas del mismo sexo o la eutanasia, pero también el alcance de la propiedad privada, el intervencionismo o el proteccionismo, trascienden en nuestro medio como casos de resistencia ante la penetración de instituciones originadas en sistemas jurídicos, en culturas, distintas. En los últimos tiempos, además debemos destacar la relevancia de las diversas instancias internacionales como vehículos o motores de la penetración de instituciones jurídicas vinculadas a los derechos humanos. En tal sentido, por ejemplo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, promueve la implementación del aborto legal, seguro y

¹ Pierangelo Catalano, “Sistema y Ordenamientos: El ejemplo de América Latina”, *Roma e America Diritto Romano Comune: Atti del Congresso Internazionale Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano* 18, (2004): 19-25.

accesible en los países menos desarrollados como mecanismo de control de la natalidad.

La noción de discapacidad y la derogación de instituciones jurídicas como la tutela de entredichos y la prodigalidad, contenidas expresa o tácitamente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006), es promovida por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad y ha sido recogida por organizaciones regionales como la Unión Europea, que por decisión del Consejo del 24 de noviembre de 2009, aprobó la referida Convención²; así como, por supuesto, países como España o Portugal³, partes de la Unión Europea.

La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal española para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴, conforme a la aludida Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, es una oportunidad para reflexionar sobre los movimientos legislativos de un como España, importante referente de América Latina, frente lo que pasa en Venezuela y otros países de la región, todos parte del sistema jurídico romanista, tal como nos lo recordaba el “venerable” profesor Giorgio La Pira (1904-1977), de la Universidad de Florencia⁵, o al menos de un “subsistema jurídico latinoamericano”, en expresión acuñada por Sandro Schipani, también profesor emérito de la Universidad de Roma La Sapienza⁶.

² Israel Biel Portero, “El primer Tratado de Derecho Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista General de Derecho Europeo* 21 (2010): 1-16.

³ Por Ley 49/2018, del 14 de agosto, que “Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil”, Portugal adaptó su ordenamiento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, en los términos dictados por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 132, del 3 de junio de 2021. Tiene una vacatio legis de tres meses, por lo cual entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

⁵ Pierangelo Catalano, “Introducción Pro Memoria”, en *Estudios latinoamericanos de derecho romano*. Ed. por Jorge Adame Goddard y Horacio Heredia Vázquez, editores (México: Universidad Autónoma de México - Instituto de Estudios Jurídicos, 2017), 3-19.

⁶ Sandro Schipani, “Reconocimiento del subsistema latinoamericano, interpretación sistemática y unificación del Derecho” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 149 (2010), 413-430.

II. Desarrollo

1. Noticia: la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

En el marco de la concepción de discapacidad contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y desarrollada por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, surgió la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷.

Al respecto, partiendo de que las personas con discapacidad son jurídicamente capaces (artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), se reforma entre otros textos el Código Civil español, pretendiendo superar los regímenes de representación existentes (la tutela -que se limita a los menores de edad-, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada), por “medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Tales medidas de apoyo -*numerus apertus*- (artículo 249 y siguientes del Código Civil español), bajo control judicial, incluyen el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo y, eventualmente, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad e incluso la representación en la toma de decisiones (guarda de hecho, curatela y defensa -defensor-judicial en caso de conflicto de intereses del curador).

En este último caso, en virtud de la denominada “autocuratela” (artículos 271 al 274 del Código Civil español), se considera la voluntad de la persona discapacitada sobre el llamado a ejercer la curatela. Asimismo, podrán ser sujetos de medidas de apoyo, cualquiera que, con independencia de su reconocimiento o no como persona en situación de discapacidad.

⁷ El texto consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

También se deroga la institución prodigalidad, alegándose en la exposición de motivos que “(...) los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”. No obstante, el ludópata, por ejemplo, difícilmente encuadra en la descripción de la persona con discapacidad prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En la exposición de motivos de la Ley, se deja claro que se trata de un cambio de paradigma y, coincidiendo con posturas ideológicas liberal-progresistas, se abunda en juicios negativos sobre el “sistema anterior”, calificado de paternalista, rígido, poco adaptado, periclitado, más preocupado por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta.

2. Antecedentes

Como advierte el profesor Antonio Fernández de Buján, de la Universidad Autónoma de Madrid, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar son una elaboración de la Pandectística alemana basada en la tradición romanística⁸. Así, por ejemplo, sabemos que ya en la Ley de las XII Tablas⁹ se establecía; “Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto” (5, 7a), atribuyendo a los agnados y los gentiles, la curatela o el cuidado del furioso o privado de entendimiento, sui iuris o no sometido a la patria potestad o la tutela.

La expresión furioso, cuyo primer uso en los textos latinos se atribuye a Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) en *De inventione* (2, 50, 148-149), se ha vinculado a la diosa romana Furrina o, más claramente, a la posesión de las primitivas deidades conocidas como Furias -o Erinias en Grecia-: la implacable Alecto, la celosa Megera, la vengadora Tisífone, etcétera. Expresiones latinas menos poéticas para referirse a la persona privado parcial o totalmente de entendimiento, son: insano-insanus, cerritus, larvatus, desipio, deliro, excors, rabies, stultus, ineptus, insulsus, amens-amentia, demens-dementia, inscitus, entre otras.

⁸ Antonio Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 23 (2011): 53-81.

⁹ Xavier D’Ors, “Sobre XII Tab. v, 7a: «Si furiosus escit...»”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50: Homenaje a Alfonso García-Gallo y de Diego (1980): 797-814.

Posteriormente, en las Instituciones del emperador Justiniano (482-565), encontramos disposiciones que exigen del mudo y el sordo la cabal comprensión y la posibilidad práctica de expresar su voluntad para ser parte de un contrato: “Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est. Quod et in surdo receptum est, quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et is, qui promittit, verba stipulantis udire debet: unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit” (Inst. 3, 19, 7).

La recepción de dicha disposición, a propósito de matrimonio, la encontramos en las Siete Partidas del rey Alfonso X, el Sabio (1221-1284): “Pero razón hay por la que se podría hacer el matrimonio sin palabras tan solamente por el consentimiento; y esto sería como si alguno casase que fuese mudo, que aunque por palabras no pudiese hacer el casamiento, lo podría hacer por señales y por el consentimiento” (4, 2, 5).

En la modernidad, bajo la influencia de la teoría del Gran Hombre explicada por Thomas Carlyle (1795-1881), en el artículo 489 del Código Civil (1803-1804) elaborado a instancia del entonces primer cónsul Napoleón Bonaparte (1769-1821), se señala descarnadamente: “Le majeur qui est dans un état habituel d’imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides”.

Posteriormente, bajo la corrección del decano Jean Carbonnier (1908-2003), el Código francés se modificó en 1968, adquiriendo una redacción más sutil en su actual artículo 490:

Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l’âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l’un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants.

Les mêmes régimes de protection sont applicables à l’altération des facultés corporelles, si elle empêche l’expression de la volonté.

L’altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie.

El artículo 324 del Código Civil italiano de 1865, conocido como Código Pisanelli, por su proyectista Giuseppe Pisanelli (1812-1879) -entonces ministro de gracia y justicia del Reino de Italia-, contiene la norma que sirvió de modelo a nuestro artículo 393 del Código Civil, en materia de capacidad e interdicción civil: “Il maggiore di età ed il minore emancipato, il quale si trovi in condizione di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, deve essere interdetto”.

3. Definición técnico-legal de las personas con discapacidad en el Derecho venezolano

En el “buen decir” del Código de Chile (1855) proyectado por Andrés Bello (1781-1865), a propósito de las tutelas y curatelas, el artículo 338 señala que éstas existen: “(...) a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios”. Destaca de la referida norma el carácter tuitivo de tales instituciones y el elemento voluntad, o falta de éste, que subyace en la condición de las personas que se busca favorecer o proteger jurídicamente.

Por su parte nuestro Código Civil (de 1942, reformado en 1982 y publicada en Gaceta Oficial número 2.990 Extraordinaria, del 26 de Julio de 1982), al distinguir entre interdicción (tutela) e inhabilitación (curatela), establece que el primer caso está referido a aquellas personas mayores de edad o emancipados: “(...) que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses (...), aunque tengan intervalos lúcidos” (artículo 393) y el segundo caso, al: “(...) débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo” (artículo 409).

La previsión del pródigo se explicaría no por la falta de razonamiento - como aducía Charles Demolombe (1804-1887)- o siquiera por la ausencia de voluntad, sino por la existencia de una voluntad dañosa -aristotélicamente nula-, capaz de afectar negativamente el patrimonio de la propia persona y amenazar, en lo particular, a aquellos que, por ejemplo, podrían tener obligaciones alimentarias con el pródigo (la familia) y, en lo general, a toda la sociedad.

En el artículo 410 del Código Civil -ahora derogado-, se aludía a la inhabilitación de derecho para: “El sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia”, salvo que un juez determinara lo contrario.

Más allá de ello, en la derogada Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas (Gaceta Oficial número 4.623 Extraordinario, del 3 de septiembre de 1993), se introduce el concepto de “persona incapacitada” como: “aquellas cuyas posibilidades de integración social estén disminuidas en razón de un impedimento físico, sensorial o intelectual en sus diferentes niveles y grados que limite su capacidad de realizar cualquier actividad”.

En este caso, el supuesto va más allá de problemas en la manifestación de la voluntad y se extiende a todos aquellos que experimentan dificultades de

interacción social. Es de resaltar que el impedimento físico, de no incidir en la manifestación de la voluntad de las personas, no es de los supuestos contemplados en el Código Civil para la interdicción o siquiera la inhabilitación. La confusión al respecto, generada a partir de una falacia de generalización, provocará importantes controversias en la interpretación de las normas sobre la materia.

La virtud de la aludida Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas fue creación del Consejo Nacional para la Integración de Personas Incapacitadas -adscrita al entonces Ministerio de la Familia-, para coordinar las políticas públicas en materia de “personas incapacitadas”.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptado en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Guatemala el 6 de julio de 1999, fue aprobada por Venezuela (Gaceta Oficial número 38.347 del 30 de diciembre de 2005) y notificada al organismo regional el 28 de septiembre de 2006; en dicho texto se refieren a las personas con discapacidad como aquellas que padecen “(...) una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo 1, numeral 1).

En el artículo 81 de la Constitución venezolana de 1999, se estableció lo siguiente:

Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana.

Asimismo, se contempla a las personas con discapacidad en los supuestos de los artículos 86, 103 y 178. En la jurisprudencia relevantes en la materia, puede referirse la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 247 del 29 de marzo de 2016.

Posteriormente, se dictó la Ley para las Personas con Discapacidad (Gaceta Oficial número 38.598 del 5 de enero de 2007), en la que se define a las “personas con discapacidad” (artículo 6), como:

(...) todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

Se reconocen como personas con discapacidad: Las sordas, las ciegas, las sordociegas, las que tienen disfunciones visuales, auditivas, intelectuales, motoras de cualquier tipo, alteraciones de la integración y la capacidad cognoscitiva, las de baja talla, las autistas y con cualesquiera combinaciones de algunas de las disfunciones o ausencias mencionadas, y quienes padezcan alguna enfermedad o trastorno discapacitante; científica, técnica y profesionalmente calificadas, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

En la Ley se establecen los derechos de las personas con discapacidad (artículos 10 al 51). Se crean los comités comunitarios de personas con discapacidad (artículo 49) y en sustitución del Consejo Nacional para la Integración de Personas Incapacitadas, se crea el Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (Conapdis), adscrito al actual Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno.

El Conapdis articula el denominado el Sistema Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad (artículos 52 y 53) y se organiza en unidades municipales (artículos 65 al 68) que, entre otras competencias, lleva un Registro Nacional de Personas con Discapacidad (artículo 68) y aplica el procedimiento en caso de infracción del régimen sancionatoria establecido en la Ley (artículos 73 al 96).

Al derogarse expresamente en la Ley, lo dispuesto en el artículo 410 del Código Civil, se eliminó la llamada por la doctrina inhabilitación legal, quedando “el sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia”, emancipados o capaces al cumplir la mayoría de edad, salvo que un juez determinara lo contrario.

Recientemente, Venezuela se adhirió al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado en Marrakech el 27 de junio de 2013, sin la debida aprobación de ley de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 18, constitucional)¹⁰. En dicho texto, se refieren a la persona con discapacidad visual, como aquella que a) es ciega; b) que:

(...) padezca una discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer que no puede corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad, y para quien es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad; o

c) que no pueda de otra forma, por una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura.

4. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006)

Aunque en Venezuela se hizo el esfuerzo de actualizar la legislación en materia de atención de las personas con discapacidad, pocos días antes de la Ley para Personas con Discapacidad (29 de diciembre de 2006), las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, llamada a ser paradigma mundial en el área de protección de esta categoría de personas.

Ello quizás explicaría el por qué Venezuela tardó casi tres años en tratar de asimilar y aprobar la Convención (Gaceta Oficial número 39.236 del 6 de agosto de 2009), y dar cuenta de ello a las Naciones Unidas casi cuatro años más, el 24 de septiembre de 2013, cuando la representación del país realizó la siguiente “declaración”:

La República Bolivariana de Venezuela reafirma su absoluta determinación de garantizar los derechos y proteger la dignidad de las personas con discapacidad.

¹⁰ Leonel Salazar Reyes-Zumeta, “La constitucionalidad de la adhesión de Venezuela al Tratado de Marrakech para las personas con discapacidad visual”, *Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC)*, 10 de agosto de 2010, acceso el 01 de mayo de 2022, <https://rb.gy/dcyqg>.

En consecuencia, declara que interpreta el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención en el sentido de que, en caso de conflicto entre ese párrafo y las disposiciones de la legislación venezolana, serán aplicadas las disposiciones que garantizan la mayor protección jurídica a las personas con discapacidad, garantizando su bienestar y desarrollo integral, sin discriminación.

El aludido artículo 12, párrafo 2, uno de los más importantes de la Convención, establece: “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”.

Ahora bien, más allá de justificar el tiempo transcurrido entre la aprobación de la Convención, su ley aprobatoria y la adhesión formal a la misma, la aludida declaración redundante en 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 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, “(...) pues existe una capacidad que todas las personas poseen”¹¹, la capacidad jurídica o de goce¹².

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, define “persona con discapacidad” como aquellas personas 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” (artículo 1, único aparte).

¹¹ María Candelaria Domínguez Guillén, “Notas sobre la capacidad de las personas incorpóreas”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3: Homenaje a la Dra. Gladys Rodríguez de Bello (2019): 243-282.

¹² Sobre el tema, entre otros, vide Edilia De Freitas De Gouveia, “La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana”, en *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona* 5, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 1/319-345; María Candelaria Domínguez Guillén, *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), 876; Edison Varela Cáceres, *Lecciones de Derecho Civil I Personas* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019), 717.

5. El nuevo paradigma del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

En general, con la Convención se busca que la discapacidad no sea una causa más de discriminación que afecte el reconocimiento de la dignidad y el disfrute de los derechos de las personas (artículos 3 al 7), lo que supone importantes derechos de prestación (verbi gratia los artículos 9, 20 y 28) y el examen de la actuación de los Estados al respecto. Para esto último, se creó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 34), que además de valorar los informes presentados por los Estados Partes (artículos 35 al 38), recibir denuncias contra los Estados Partes (Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), realiza sugerencias y recomendaciones de carácter general, que fijan la orientación de la protección de las personas con discapacidad (artículo 39).

Así por ejemplo, en materia de capacidad jurídica, la observación general del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, número 1-2014 del 11 de abril 2014: “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, señala que los “desequilibrios mentales”, “déficits en la capacidad mental” y otras “denominaciones discriminatorias”, “(...) no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica” y, por lo tanto, “(...) no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. En el mismo sentido, se señala que: “Algunas medidas que discriminan a las personas con discapacidad son la tutela y la curatela”.

Asimismo, la observación general número 4-2016 del 26 de agosto de 2016: “Artículo 24: Derecho a la educación inclusiva”, propugna un modelo educativo en el cual los estudiantes de todas las capacidades -con y sin discapacidades- aprendan juntos en el mismo ambiente de aula.

Finalmente, la observación general del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, número 5-2017 del 27 de octubre de 2017: “Artículo 19: Vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad”, se inclinan por la asistencia personal frente a la institucional como la mejor forma de garantizar que la persona con discapacidad, cualquiera que ella sea, viva de forma independiente y sea incluida en la comunidad.

Son miembros destacados del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la mexicana Amalia Gamio Ríos (1951), con estudios médicos en la Universidad Nacional Autónoma de México; el japonés Jun Ishikawa

(1956), profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de Shizuoka; el nigeriano Danlami Umaru Basharu (1959), con estudios jurídicos en Gales y Cambridge -presidente del Comité-; la australiana Rosemary Kayess (1963), profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derechos contra la Discriminación de la Universidad de New South Wales; el lituano Jonas Ruškus (1969), profesor de Trabajo Social de la Universidad Vytautas Magnus; entre otros¹³.

6. El proyecto venezolano de Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad

La Asamblea Nacional resultado de las elecciones de 2020, promovió la reforma de la Ley para las Personas con Discapacidad de 2007, incluyendo algunas novedades de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero sin alterar en lo esencial la estructura de la referida Ley de 2007.

En tal sentido, en el proyecto se enumeran los “principios” establecidos en la Convención (artículo 4), incluyendo la “(...) libertad e independencia de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones”; se redefine el concepto de personas con discapacidad (artículo 5); así como se detalla todo lo relativo a la clasificación, calificación y certificado de la discapacidad (artículo 6), competencia “única y exclusiva” del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (Conapdis).

También en sede administrativa, se contemplan una serie de medidas de protección o atención integral (artículos 7 y 8). En el proyecto se reafirman los derechos de las personas con discapacidad (artículos 9 al 58). Además de los comités comunitarios de personas con discapacidad (artículo 58) y el Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (artículos 60 al 72), se incluye la “Fundación Misión José Gregorio Hernández” (artículo 75); se crean las coordinaciones estatales y municipales para las personas con discapacidad (artículos 73); así como el Consejo Interministerial para la Participación, Dignificación y Atención Integral a las Personas con Discapacidad (artículo 59).

Entre sus atribuciones, el Conapdis lleva un “Registro Único Nacional” de personas con discapacidad (artículo 76) y coordina al conjunto de los “defen-

¹³ Sobre los miembros del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, véase <https://rb.gy/jkbfo7>.

sores y defensoras para la protección de personas con discapacidad”, “(...) quienes tendrán como función velar, garantizar y defender los derechos de las personas con discapacidad, así como ejercer las acciones pertinentes en aquellos casos en los cuales dichos derechos sean vulnerados” (artículo 77).

Finalmente, se desarrolla la competencia del Conapdis en la aplicación del procedimiento en caso de infracción del régimen sancionatoria establecido en la Ley (artículos 79 al 104).

La única mención a un régimen de protección de mayores de edad, lo encontramos en el artículo 69, al establecerse que:

No podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta, miembro principal o suplente del Directorio del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad:

1. Las personas sujetas a inhabilitación por condena penal o administrativa, interdicción civil mediante sentencia definitivamente firmes, las personas sometidas a beneficio de atraso y los fallidos no rehabilitados, y los declarados civilmente responsables mediante sentencia definitivamente firme, por actuaciones u omisiones en la actividad profesional en la cual se fundamenta su acreditación para ser elegible al cargo.

7. Panorámica de la capacidad jurídica en el subsistema jurídico latinoamericano

En América Latina el tratamiento legislativo de las personas con discapacidad es heterogéneo. En Argentina, por ejemplo, no existe una única ley sino varía de ellas, desde la Ley 19.279 de 1971 sobre Automotores para Lisiados -promulgada durante la dictadura de Alejandro Agustín Lanusse (1918-1996)-; la Ley 22.431 de 1981, sobre el Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad -promulgada durante la dictadura de Jorge Rafael Videla (1925-2013)-; la Ley 24.308 de 1993 que reglamenta las concesiones de pequeños comercios; la Ley 24.901 de 1997, del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad; la Ley 25.504 de 2001 del Certificado de Único de Discapacidad; hasta la Ley 26.378 de 2008, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Por su parte Brasil, en su Ley 13.146 de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência o Estatuto da Pessoa com Deficiência), asume de manera bastante clara el nuevo paradigma de la Convención, al señalar en su artículo 84, que textualmente, establece:

A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

En el caso de Chile, en el artículo 3 de la Ley 20.422 de 2010, que establece las Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad; Colombia, en el artículo 3 de la Ley Estatutaria 1.618 de 2013; así como México, en el artículo 5 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de 2011; sin eliminar los regímenes de protección de mayores, alineados con lo dispuesto en la Convención, en general se reconoce a las personas con discapacidad el “principio” (¿derecho?), a una vida independiente, en virtud de lo cual se les garantiza tomar sus propias decisiones.

III. Conclusión y advertencias finales

Es previsible el avance (“penetración”) del nuevo paradigma de las personas con discapacidad en los ordenamientos del sistema jurídico romanista. No obstante, debemos ser cautelosos por los importantes efectos que entre nosotros puede significar la modificación o supresión de instituciones protectoras tan fundamentales como la patria potestad, la tutela de mayores incapaces o incluso la prodigalidad como causa de la incapacitación. La subversión del sentido tuitivo de nuestro Derecho no es un evento cualquiera, sino que puede amenazar las propias bases de nuestra convivencia.

El afán de novedad, e incluso esnobismo, tan del gusto de nuestro carácter, muchas veces nos hace asumir posturas que, por equivocadas o extrañas a nuestra cultura, están condenadas al fracaso. El problema al que nos enfrentamos es que mientras nos convencemos del error de la experiencia, retrocedemos en importantes materias, perdemos recurso y tiempo útiles para avanzar en problemas cuyas soluciones estaban más que probadas en nuestro sistema jurídico

y adaptadas a nuestra realidad. Los ejemplos de reformas jurídicas fallidas abundan en los casos de la Revolución Francesa (1789), la Revolución Rusa (1917) o la Revolución China (1949), por ejemplo.

Esta situación es todavía más compleja, cuando las tendencias innovadoras de moda provienen de instancias supranacionales y que se consideran “autoridades”, en las que dominan grupos de influencia no necesariamente legítimos, donde nuestros países no están suficiente o correctamente representados (a veces no hay juristas en las delegaciones de los países), o las representaciones de Estados pertenecientes a mismo sistema jurídico se presentan separadas y a veces hasta enfrentadas. Constituye un gran reto armonizar las ideas de soberanía popular y participación internacional e integración en instancias supranacionales.

En materia de personas con discapacidad, aunque resulta muy positivo el perfeccionamiento del concepto de discapacidad, ello no debe llevarnos a subestimar o rechazar las instituciones que tradicionalmente han sido creadas para la protección de los comparativamente más vulnerables (se insiste: patria potestad, tutela de mayores de edad, prodigalidad como causa de incapacitación, etc.). Encontramos más de un tipo de falacia cuando confundimos tomar remedios con estar enfermos, o asumimos que los regímenes de protección de incapaces son el problema y no una solución.

A este peligroso contexto, debe sumarse el interés político de gobiernos inescrupulosos, que encuentran en las personas con discapacidad y la legislación que los regula una oportunidad de establecer nuevas relaciones clientelares. La utilización del Derecho para intereses espurios, contrarios a la idea de justicia, lo deslegitima y es causa del deterioro social, la ruina del Estado y, sobre todo, el desprestigio de los abogados, llamados a velar por la correcta interpretación del Derecho y resistir sus desviaciones.