

Régimen de la capacidad de ejercicio

María Silvia Villaverde

Teniendo en cuenta que el Estado argentino ha firmado, aprobado mediante la ley 26378 y ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, que reviste jerarquía supralegal en nuestro sistema jurídico, el Proyecto de Código Civil y Comercial no cumple con la obligación general de adecuación de sus disposiciones al tratado al mantener la clasificación de la persona humana en "capaces" e "incapaces de ejercicio" - ello a pesar de la incorporación en la última etapa del art.43 titulado Sistema de apoyos.

El proyecto se elaboró sin tener en cuenta la trascendencia del tratado, a pesar de que se trata de un tratado de derechos humanos, con un potencial transformador no suficientemente conocido por tratarse de un instrumento de derechos humanos invisible, siguiendo la suerte de las personas con discapacidad.

En efecto la Convención implica una profunda transformación del derecho civil, precisamente en la Parte General de Derecho Civil, en materia de capacidad de ejercicio. Por ello la incorporación de ultimo momento del art.43 resulta insuficiente e incomprensible, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.

Evidencia de ello, es el documento remitido al Estado en abril de 2012 por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, órgano de vigilancia e interprete autorizado del tratado en el plano universal, titulado "Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina" le solicita al Estado que en materia de:

"Igual reconocimiento como persona ante la Ley (artículo 12)

8. Tengan a bien detallar qué medidas adoptó el Estado Argentino para adecuar la legislación interna en materia de capacidad jurídica a la Convención y cuál ha sido la participación de la sociedad civil en este proceso (particularmente los Títulos I, X y XIII del Código Civil y todas aquellas normas en las que se establecen restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica bajo el régimen tutelar). Sírvanse detallar cómo es la práctica judicial actual, indicando las acciones en las que prevalece la tutela y curatela o aquéllas en las que se aplica la toma de decisiones asistida.

9. Sírvanse explicar cómo el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial tiene previsto garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad, más concretamente personas con discapacidad intelectual o psicosocial y sordociegas. Tengan a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar para *sustituir* el concepto de 'adopción de decisiones sustitutiva' (tutela o curatela) por el de 'adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica', de conformidad con el artículo 12 de la Convención, en dicho proyecto de ley." (el destacado me pertenece)

A tal punto resulta relevante la cuestión que el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), Sr. Manfred Nowak: A/63/175, párr.69 in fine

“Los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas, entre otras, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de la capacidad jurídica o que no les aseguren un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de esos actos de violencia”.

EI PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ANTE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ONU)

EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA: ¿Incapaces o Personas con apoyo?

María Silvia Villaverde

1. En tránsito hacia una sociedad inclusiva: un tratado para la acción

El propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), aprobada por la ley 26378 y ratificada por Argentina en 2008, es la efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad y el respeto a la dignidad inherente (art.1). *Se trata de un tratado para la acción.*

Teniendo en cuenta que el propósito es la efectividad, la Convención reconoce como punto de partida la existencia de barreras sociales, económicos, culturales, o de otro tipo, que *en los hechos* excluyen a las personas con discapacidad de la participación, total o parcial, en la sociedad.

Por lo que, la estrategia de inclusión instituida por la Convención es la remoción de las barreras de todo tipo, a fin de posibilitar el acceso efectivo a todos los subsistemas sociales a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, es decir conforme a un modelo de igualdad integral, formal y sustancial – *un modelo de igualdad “profunda”*.

2. Garantía de efectividad estatal

Para ello, los Estados asumen la obligación de garantía de efectividad del sistema de igualdad integral, al comprometerse a adoptar las medidas adecuadas para remover las barreras, que interactúan con las personas con discapacidad obstaculizándole el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, al ocluirle el acceso a los subsistemas sociales.

No ha de soslayarse que el contenido sustancial de las medidas a adoptar debe hallarse en correspondencia con los valores establecidos como Principios General en el artículo 3 de la Convención y reiterados en el resto del articulado: respeto a la dignidad inherente, autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, independencia, no discriminación, participación e inclusión social plenas y efectivas, respeto por la diferencia y aceptación de las persona con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humanas, igualdad de oportunidades, accesibilidad, igualdad entre el hombre y la mujer, respeto a las capacidades evolutivas de los niños y las niñas con discapacidad y a su derecho a preservar su identidad.

3. El Poder Judicial, sujeto obligado y garante de los derechos humanos

El Poder Judicial, como uno de los poderes del Estado, es sujeto obligado, por lo que mediante sus sentencias adoptará medidas de remoción de barreras al goce de los derechos y como corolario al sistema social, contribuyendo así a garantizar la efectividad del sistema de igualdad establecido en la Convención y a la transformación de una “sociedad excluyente” en una “sociedad inclusiva”.

Además en virtud de su función de garante de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, el Poder Judicial debe controlar la compatibilidad de las normas de nivel inferior con las normas constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos, con jerarquía constitucional o supralegal; en particular con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía supralegal (art.31 Constitucional Nacional y art.27 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados).

Por ello, cuando se dictan sentencias que declaran incapaces a las personas, les retiran la capacidad de ejercicio de los derechos por sí mismas, y les nombran un curador para que las sustituya en el ejercicio de esos derechos -lo que para las personas con discapacidad constituye la principal barrera de acceso a todos los subsistemas-, el Poder Judicial viola la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al fundar su sentencia en una distinción de las personas físicas en “capaces e incapaces de ejercicio” (de hecho o de obrar), que configura una “discriminación por motivos de discapacidad” (art.2), y además reproduce un modelo de sociedad excluyente, en lugar de cumplir con su deber como sujeto obligado por el tratado y con su función de garante de los derechos humanos.

Adviértase que en el art.2 de la Convención se entiende por «discriminación por motivos de discapacidad»:

“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Resulta invisible para el juez que la clasificación de las personas en “capaces” e “incapaces” al instituir una gradación del nivel de personalidad jurídica para determinar derechos y obligaciones, establece una distinción jerarquizante entre las personas, una distinción entre una vida valiosa y otra de menos valor (“minusválidos”), ni que las formas lingüísticas empleadas constituyen acciones sociales de privación de identidad o de tallado de identidades negativas, con las que se erige simbólicamente la barrera entre el adentro y el afuera social, es decir la discriminación y consiguiente exclusión social.

La discriminación y la exclusión son los productos ilegítimos de los obstáculos erigidos socialmente, que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas con discapacidad, y cuya eliminación constituye el propósito de la Convención y, por esta vía, la transformación de la sociedad en una sociedad inclusiva (sin barreras al ejercicio de los derechos).

El “modelo de la discapacidad social” adoptado por el tratado, en sustitución del “modelo médico”, parte del respeto de la identidad de las personas con discapacidad, por lo que se cambia el eje de la transformación que ya no pasa por el individuo sino por el entorno social (o a la sociedad mayoritaria), en el que deben producirse las adecuaciones o ajustes necesarios para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

De lo que se trata es de la transformación del “nosotros” (sociedad normalizada) para incluir al “otro”, no ya de integrar, incluir o “normalizar”, “rehabilitar”, “restablecer”, “normalizar” a lo conceptualizado como diferente, sino de eliminar las barreras que lo interceptan en su vida cotidiana. Se trata de un “proceso de dinámica y periódica igualación” mediante la remoción de las causas estructurales que sitúan a las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad, lo que implica asumir la responsabilidad por el otro y transformar nuestras percepciones de lo humano y visión de lo social (igualdad “profunda” de oportunidades para todos).

La clasificación de las personas en capaces e incapaces, se halla tan incorporada a nuestra percepción de la sociedad, que resulta invisible el valor performativo de cada sentencia de declaración de incapacidad, como dispositivo que operativiza la exclusión de la persona del sistema al constituirla como “incapaz”.

En el derecho internacional de los derechos humanos, las distinciones fundadas en la diversidad humana no pueden invocarse para violar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art.3. d), o limitar su alcance, ni tampoco se deben utilizar para apoyar la segregación y las prácticas excluyentes, consagrando distinciones que van en contra de la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos.

Precisamente, la diversidad es un valor expresado en el art.3 sobre Principios Generales de la Convención. La igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de las personas y resulta, en cuanto tal, asegurada por el tratado específicamente y por el carácter universal de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Respecto de la articulación entre igualdad y diversidad, lo que se propugna es un “universalismo pluralista” en el cual el primer derecho a generalizar es el igual derecho de todos a la propia diversidad (respeto de la diferencia), y un “pluralismo universalizable” en el que se rechazan las diferencias que conducen a la jerarquías, las exclusiones, a la discriminación y a la opresión y, por esa vía, a la pérdida de la diversidad. Entonces, la igualdad resulta preferida cuando la diferencia genera dominación o estigmatiza, y la diversidad cuando la igualdad uniformice o despersonalice.¹

Como diría Alicia Ruiz: “Imaginemos una sociedad complejamente igualitaria.”

4. Capacidad jurídica y tratados de derechos humanos para los vulnerables: Humanismo ampliado

Finalmente, ha de tenerse presente que esta Convención, primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, pertenece al grupo de instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron necesarios para incluir y visibilizar como sujetos de derechos a personas integrantes de grupos de población que *en los hechos* quedaban excluidos del sistema de protección de derechos humanos, con la aquiescencia del derecho civil que las constituía como incapaces de ejercicio (de hecho o de obrar) y las sustituía en el ejercicio de sus derechos por un representante, curador o tutor.

Por eso, resulta tan relevante la aplicación del art.12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en virtud del cual las personas con discapacidad, mental o intelectual, son consideradas sujetos de derechos con necesidad de apoyo para ejercerlos y de salvaguardias para evitar el abuso por parte de las personas designadas como apoyo.

En la actualidad, la clasificación de la parte general del derecho civil que distingue a las personas en capaces e incapaces de ejercicio, resulta incompatible con las obligaciones generales asumidas por el Estado al ratificar la Convención (art.4) y con la obligación específica de garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley a las personas con discapacidad, mental o intelectual, y de adoptar las “medidas para sustituir el concepto de adopción de decisiones sustitutiva” (curatela) por el de “adopción de decisiones asistida o con apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”.

Recuérdese que al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras Obligaciones Generales (art.4 Convención sobre los Derechos de las Persona con Discapacidad), el Estado se comprometió a:

“[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención” (art. 4.1.a), “[t]omar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres o prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (art.4.1.b), “[a]bstenerse de actos o prácticas existentes que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella” (art.4.1.d).

¹ Pisarello, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pág.52.

Finalmente, evidencia de la trascendencia del artículo 12 para el goce efectivo de sus derechos por parte de las personas con discapacidad es la expresión utilizada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos para referirse a la capacidad jurídica como el “derecho humano a la capacidad jurídica”² y el documento del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) –órgano de vigilancia del tratado- remitido al Estado Argentino titulado “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina”³, solicitándole tenga a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar, en el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, para *sustituir* el concepto de ‘adopción de decisiones sustitutiva’ (tutela o curatela) por el de ‘adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica’, de conformidad con el artículo 12 de la Convención.

Por su parte, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU) calificó como discriminatoria la legislación que priva de la capacidad jurídica:

“Los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas, entre otras, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de la capacidad jurídica o que no les aseguren un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de esos actos de violencia.”⁴

5. El sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

La pertinencia clasificatoria de las personas físicas que caracteriza al derecho civil local se evidencia, no solamente en las sentencias judiciales de declaración de incapacidad de las personas con nombramiento de curador que violan la Convención, sino también en el derecho proyectado (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, art.24 titulado “Personas incapaces de ejercicio”⁵), a pesar de que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)⁶ – en el “Listado...” le solicita al Estado que en materia de:

² A/HRC/10/48 – 26/1/2009 Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Asamblea General de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Este documento se utilizó en la Segunda Conferencia de los Estados Partes en la Convención celebrada los días 2 al 4/9/2009 (art. 40), cuyo debate interactivo versó sobre las medidas legislativas para dar aplicación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³ CRPD/C/ARG/Q/1 – 16/5/2012

⁴ A/63/175, párr.69 *in fine*

⁵ Art.22 Capacidad de derecho, Art.23 Capacidad de ejercicio y Art.24 Personas incapaces de ejercicio.

Art.24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) las personas por nacer, b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª. de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esta decisión.

⁶ Recuérdese que la Corte Suprema de la Nación considera a los Comités de los tratados del sistema de Naciones Unidas como los “intérpretes autorizados del tratado en el plano universal”: *Aquino*(FALLOS: 327:3753); *Vizzoti* (FALLOS: 327:3677); *Maldonado* (FALLOS:328:4343); *Torrillo* (FALLOS: 332:709 - 31/3/2009) ; “G., M.G. s/ protección de persona” - 16/09/2008

“Igual reconocimiento como persona ante la Ley (artículo 12)

8. Tengan a bien detallar qué medidas adoptó el Estado Argentino para adecuar la legislación interna en materia de capacidad jurídica a la Convención y cuál ha sido la participación de la sociedad civil en este proceso (particularmente los Títulos I, X y XIII del Código Civil y todas aquellas normas en las que se establecen restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica bajo el régimen tutelar). Sírvanse detallar cómo es la práctica judicial actual, indicando las acciones en las que prevalece la tutela y curatela o aquéllas en las que se aplica la toma de decisiones asistida.

9. Sírvanse explicar cómo el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial tiene previsto garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad, más concretamente personas con discapacidad intelectual o psicosocial y sordociegas. Tengan a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar para *sustituir* el concepto de ‘adopción de decisiones sustitutiva’ (tutela o curatela) por el de ‘adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica’, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, en dicho proyecto de ley.” (el destacado me pertenece)

Para comprender la relevancia de la cuestión planteada en el párrafo 8 del “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina”, ha de tenerse presente la trascendencia que revistió la participación de las mismas personas con discapacidad en el proceso que concluyó en diciembre de 2006 con la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/res/61/106), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

En efecto, la Convención y su Protocolo han sido el resultado de un esfuerzo desde la sociedad civil, representada en las personas en situación de discapacidad y sus organizaciones, que se resume en la expresión que fue su lema: “Nada sobre nosotros sin nosotros”. Pocos instrumentos internacionales han sido fomentados, discutidos, diseñados y aceptados por las mismas personas a los que se dirige como estos, a excepción, quizás, de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Podría afirmarse que se trata de una nueva generación de instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya iniciativa parte de los titulares de derechos en lugar de los portadores de obligaciones. (*bottom-top approach*)

El enfoque basado en la participación de los interesados, conocido como “*bottom-up approach*” - ascendente- se define como un proceso inclusivo, que apunta a que los países involucren creativamente a las organizaciones de la sociedad civil, a niñas, niños y adolescentes, a personas con discapacidad, a las personas mayores, a las entidades del Estado a nivel local, al mundo académico y a los organismos de cooperación internacional, con el propósito de que las personas afectados por las políticas y por la normativa en elaboración puedan expresar sus opiniones, agregando insumos cualitativos significativos en el proceso hacia la toma de decisiones.

En contraposición a la elaboración en laboratorios, se considera que los procesos participativos mejoran el diseño de los proyectos, contribuyen a la resolución de conflictos, facilitan el aprendizaje social y la innovación, fortalecen las instituciones locales, promueven la equidad y una mejor evaluación de los resultados de las iniciativas.

El Banco Mundial define el proceso participativo como aquel "por el cual las partes interesadas ejercen influencia y participan en el control de las iniciativas de desarrollo y en las decisiones y recursos que las afectan". Por su parte, el BID considera que la participación "habilita y pone en acción a las personas como actores y supervisores de su propio desarrollo".

En este punto no ha de soslayarse que la intensa lucha de la sociedad civil y de la comunidad jurídica -incluyendo operadores judiciales- locales comprometida con la efectividad de la protección establecida en los tratados de derechos humanos, logró que con posterioridad a la presentación inicial del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación el 27 de marzo de 2012, se incorporara -entre otras modificaciones- a la Sección 3ª. sobre "Restricciones a la capacidad" del Proyecto remitido al Congreso de la Nación, el *Párrafo 2º titulado "Sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad"* con un único artículo que a continuación se transcribe:

"Artículo 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas."

6. Garantía de efectividad ampliada para un humanismo ampliado

En realidad, creo que no nos hallamos ante una mera pertinacia clasificatoria de las personas físicas (persona humana, en el Proyecto) propia del derecho civil local, sino de la pertinacia de una arraigada sociedad discriminatoria y excluyente que no emprende la retirada.

De todos modos, resulta de interés tener en cuenta que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1 titulado "Fuentes y aplicación" establece que:

“Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte [...]”

En su artículo 2 titulado “Interpretación” estipula que:

“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”

En cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos, en nuestro sistema jurídico revisten jerarquía constitucional o supralegal; en el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, jerarquía supralegal (art.31 Constitución Nacional). Se interpretan de conformidad con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (arts.31 a 33) y de conformidad con el art.27 sobre “El derecho interno y la observancia de los tratados”, el Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Con relación a la obligación estatal de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable, es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que:

“no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deberán adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.”⁷

Por último y como punto de cierre, una reflexión sobre las barreras jurídicas que retrasan la eficacia de los tratados de derechos humanos sobre derechos de las personas en situación de vulnerabilidad:

Lo que caracteriza a estos instrumentos de derechos humanos es la propuesta a los Estados obligados de una transformación social profunda, fundada en un humanismo que reconoce la palabra a toda/os; en este caso también a las personas con discapacidad, intelectual o mental (psicosocial), a pesar del proceso de desvalorización al que han sido sometidas sus identidades mediante ficciones jurídicas, - como la “naturalizada” clasificación de las personas en “capaces o incapaces”⁸- funcionales a un modelo social y de derecho, en el que el respeto por la dignidad, la igualdad y las diferentes identidades de las personas, y la efectividad de los principios de universalidad, indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos y libertades fundamentales no eran considerados preeminentes, ni aspiraciones primordiales de la humanidad.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/11/2003, sobre Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr.171

⁸ Piénsese en la expresión utilizada por el art.86 del Código Penal: “mujer idiota o demente.”

Siendo la vigencia de los derechos humanos un tema prioritario de la agenda internacional, la cooperación entre los sistemas de protección internos e internacionales –ya sea universal o regional-, que comparten como objetivo la garantía del goce efectivo de los derechos humanos, ha dado lugar a una garantía de efectividad, en la que la competencia directa corresponde al Estado, que debe establecer los mecanismos tendientes a la protección primaria, reservándose al sistema internacional un rol subsidiario, que se pone en funcionamiento ante el defecto o la omisión del Estado. Ambos sistemas interactúan, en virtud del objetivo de protección efectiva de los derechos humanos que como denominador común los dinamiza, fortaleciendo la garantía.

En este marco de cooperación internacional, el juez local (sistema de justicia nacional) es el primero y *principal* custodio de los derechos humanos (control de constitucionalidad o de convencionalidad), ya que las instituciones de justicia global (Corte Interamericana de Derechos Humanos) o cuasi-jurisdiccionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas o Comités) desempeñan un rol *subsidiario*, es decir, que intervienen ante la omisión estatal una vez que se ha agotado la vía recursiva local. En estos casos, las instituciones de la justicia global analizan si el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas al ratificar el tratado en cuestión, y en dicho caso ordena las reparaciones correspondientes para las víctimas o sus derechohabientes.

Desde que la Teoría Crítica de Derecho redefinió el derecho visibilizó las relaciones del derecho con el poder y la ideología, y sabemos que el derecho consagra un humanismo y que a cada humanismo le corresponde un diseño de lo social. El humanismo dimanante del derecho internacional de los derechos humanos actual no legitima las prácticas jurídicas fundadas en la simplificación ingenua de la igualdad ante la ley (igualdad formal) como una aspiración, menos aún admite el desconocimiento de las condiciones reales en las que los seres humanos estamos situados, edad, sexo, género, discapacidad, salud, ingresos, empleo, educación - entre otros determinantes de nuestro bienestar y desarrollo.

“Nada sobre nosotros sin nosotros” podría entenderse como que: “No queremos que se nos interpele y se nos constituye como iguales a costa de nuestra desgracia, nuestro sometimiento, nuestro silencio y nuestra resignación a ser sustituidos, mediante “ficciones” que nos reducen a la impotencia, y que fueron instituidas por “un derecho que ya fue”⁹:

Las personas con discapacidad, mental o intelectual, son “sujetos de derechos”, pero a su vez son “incapaces de ejercicio”, por ello se les nombra un “curador”, para que los represente – esto es una ficción de que “algo que hace o dice una persona, en realidad no lo hace o dice ella, sino otra persona” (Kelsen), como efecto de otra ficción: la “imputación” (un acto se imputa no a su producto, sino a otro).

⁹ Expresión utilizada para expresar: un derecho que ha sido superado.

Como ya se refirió previamente, el protagonismo de las personas con discapacidad en el proceso de la ONU que llevó a la firma del tratado ha potenciado su valor ante los demás y contribuido a la autoestima de todo el colectivo. “Tal vez la lástima y el asombro educado fue una primera puerta de entrada para las personas con discapacidad a la hora de ingresar en los salones de Naciones Unidas”.¹⁰

“Nada sobre nosotros sin nosotros” fue la inspiradora consigna de las personas con discapacidad en los ámbitos internacionales y es, en la actualidad, su lema en la lucha por la efectividad de lo conseguido en un contexto social en el que el reconocimiento de las capacidades, los méritos, las habilidades y las aportaciones de las personas con discapacidad se encuentra pendiente y es condicionante del “principio del efecto útil” del tratado en el plano de las prácticas, y también de la adecuación de las legislaciones nacionales.

¹⁰ Astorga Gatjens, Luis Fernando, “La participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones en el proceso hacia la Convención de las Naciones Unidas”, en Brogna, Patricia (comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, págs.285.