

2015

Capacidad jurídica: un Nuevo Paradigma Desde la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Rafael Barreto Souza

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [Law Commons](#)

Recommended Citation

Barreto Souza, Rafael. "Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad." *American University International Law Review* 30 no. 2 (2015): 177-212.

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in *American University International Law Review* by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

CAPACIDAD JURÍDICA: UN NUEVO PARADIGMA DESDE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

RAFAEL BARRETO SOUZA*

I. INTRODUCCIÓN.....	178
II. LA CURATELA: UNA LIMITACIÓN A LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	179
III. ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN: DERECHO A LA PLENA CAPACIDAD JURÍDICA.....	183
A. RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY	187
B. IGUALDAD FORMAL	188
C. LA TOMA DE DECISIONES APOYADA.....	189
1. La Convención y sus antecedentes	189
2. La toma de decisiones sustituida versus la toma de decisiones apoyada	191
3. Modelos teóricos: capacidad lineal y capacidad circunstancial	193

* Abogado egresado de la Universidad Federal de Ceará, Brasil. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal de Ceará. Máster en Estudios del Desarrollo del Institut de Hautes Études Internationales et du Développement (IHEID), Suiza. Docente de Protección Internacional de Derechos Humanos, Derecho del Niño en el Centro Universitario Christus (UniChristus), Brasil. Actualmente es asesor jurídico del Centro de Defensa del Niño y del Adolescente (CEDECA Ceará) y consultor de la Asociación Brasileña para Acción por Derechos de las Personas con Autismo (ABRAÇA). El autor agradece los editores y colaboradores del American University International Law Review, en particular a Alexandra Arango, por su excelente trabajo de edición. Agradece también la International Disability Alliance y la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de Naciones Unidas, por el trabajo de defensa internacional de las personas con discapacidad intelectual.

4. Otras consideraciones importantes para personas con discapacidad.....	195
D. UN NUEVO RÉGIMEN PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	202
1. La prevención de malas prácticas y abusos	202
E. DERECHOS PATRIMONIALES.....	207
IV. CONSIDERACIONES CONCLUYENTES Y AVANCES EN LATINOAMÉRICA.....	209

I. INTRODUCCIÓN

La capacidad jurídica define la libertad de manifestación de voluntad de las personas para los actos de la vida civil, política y social. En Latinoamérica, las normas jurídicas formalizadas orientan la participación de personas en sociedades organizadas. Por lo tanto, restricciones a la capacidad presentan serias consecuencias legales para el disfrute de la ciudadanía y de los derechos individuales como sujetos de derecho.

En el modelo jurídico occidental, la capacidad legal se circunscribe con base en dos criterios principales, uno asociado con la edad—las personas menores de dieciocho años de edad, en general, no tienen plena capacidad jurídica; y otro relacionado con los aspectos intelectuales y comunicativos o, de manera más genérica—con las personas con discapacidad. Dentro de los sistemas jurídicos latinoamericanos y del brasileño, en particular, el precepto de la *patria potestad* provee institutos protectores del poder familiar, incluyendo la guardia y tutela, en relación a los niños y adolescentes.¹ Las normas de los códigos civiles latinoamericanos incorporan a la institución de la curatela como un instrumento de regulación de las relaciones jurídicas con seres humanos que no se

1. Véase, por ejemplo CÓDIGO CIVIL [C.C.] art. 1.634 (Braz.); CÓDIGO CIVIL [CÓD. CIV.] art. 264 (Arg.); véase también Antoinette Sedillo López, *International Law – U.S./Mexico Cross-Border Child Abduction – The Need for Cooperation [Derecho Internacional – EE.UU./México Abducción del Niño de Cruce Fronteras]*, 29 N.M. L. REV. 289, 297 (1999) (detallando el concepto de *patria potestad* en derecho mexicano como el control que ejercen los padres sobre la propiedad y los derechos de sus hijos).

consideran plenamente capaces.² No obstante, la dinámica jurídica varía entre cada ordenamiento nacional y la supresión de la capacidad jurídica se produce a través de la curatela y demás institutos similares.³

Este artículo busca comprender los cambios en la dinámica de la capacidad jurídica de personas con discapacidad en Latinoamérica en razón de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “la Convención”), firmada en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 2007, y empezando su vigencia un año después. Particularmente, se aspira comprender la dicción del artículo 12 de la Convención y sus impactos para la jurisdicción con respecto a las restricciones a la autonomía de las personas con discapacidad. Se examina el instituto jurídico de la curatela, así como los principios, las reglas y las transformaciones proporcionadas por el artículo 12 y sus párrafos a la realidad jurídica latinoamericana.

II. LA CURATELA: UNA LIMITACIÓN A LA CAPACIDAD JURÍDICA

La curatela tiene su origen en el derecho romano desde el principio de *parens patriae*, poder del cual el Estado dispone para actuar como *protector* de aquellas personas que no podían cuidar de sí mismas. Es decir, el Estado (i.e. *patriae*) tenía el papel de padre o responsable (i.e. *parens*).⁴ Fátima Nancy Andrighi aclara que la Ley de XII Tablas, del Imperio Romano, ya había establecido “normas

2. Véase, por ejemplo Cód. Civ. arts. 468–90 (Arg.); CÓDIGO CIVIL FEDERAL [CC], Diario Oficial de la Federación [DO], 31 de agosto de 1928, arts. 449–69 (Mex.); CÓDIGO CIVIL [C.C.] arts. 428, 434, 601 (Colom.); véase también Olga Mesa Castillo, *La Diversidad Formas Familiares Ante el Derecho: El Niño Discapacitado en Cuba: Disquisiciones Jurídicas desde un Enfoque de Políticas Públicas*, 41 REV. JUR. U. INTER. P.R. 69, 69–70 (2006) (notando que, en Cuba se ha implementado curatela para los que se consideran incapaces de actuar por sí mismo).

3. Véase, por ejemplo Cód. Civ. arts. 468–90 (Arg.); CC arts. 449–69 (Mex.); C.C. arts. 428, 434, 601 (Colom.); véase *infra* parte II (describiendo los orígenes de la curatela y las consecuencias que tiene hacia los derechos de las personas con discapacidad).

4. Véase Anne McGillivray, *Childhood in the Shadow of Parens Patriae* [*La Infancia en la Sombra de Parens Patriae*], en MULTIPLE LENSES MULTIPLE IMAGES PERSPECTIVES ON THE CHILD ACROSS TIME 38, 41–42 (Hillel Goelman et al. eds., 2004) (exponiendo el origen de *parens patriae* en el Imperio Romano).

sobre discapacidad de la enfermedad mental, la sordera y la nulidad permanente, además de la prodigalidad.”⁵

En el derecho consuetudinario, el instituto surge con el edicto real *Praerogativa Regis*, del rey Eduardo II de Inglaterra en 1325, en el cual se garantiza la protección de la propiedad de quienes habían “perdido su ingenio.”⁶ Siempre en relación con actividades mentales somáticas, la capacidad jurídica se subsume a estándares de concretización subjetiva muy ligados a la concepción del poder judicial con respecto a lo que constituye la aptitud mental y una mente sana. El concepto no es hermético, ni obvio, ni de fácil cognición.⁷

Desde el punto de vista de la ciudadanía, la discusión de la capacidad jurídica es esencial. La condición de *no* ciudadano o *subciudadano* impuesta a personas con discapacidad surge, en muchos sentidos, de la negación de su capacidad jurídica.⁸ No ser capaz de firmar un contrato, comprar una propiedad, pedir un préstamo, casarse, tener hijos, votar, postularse para un cargo electivo o ser testigo en tribunales son conductas perentoriamente vedadas a las personas sujetas al régimen restrictivo de su capacidad.⁹ Bajo la propuesta de Hannah Arendt¹⁰ y Boaventura de Sousa Santos,¹¹ privar la capacidad civil niega *per se* la ciudadanía.

5. Fátima Nancy Andrighi, Ministra del Tribunal Superior de Justicia, Interdição e Curatela [Prohibición y Tutela], Conferencia en el Tribunal Superior de Justicia 3 (11 jul. 2005), disponible en http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf.

6. Nancy J. Knauer, *Defining Capacity: The Competing Interests of Autonomy and Need* [Definiendo Capacidad: Los Conflictos de Interés de la Autonomía y la Necesidad], 12 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 321, 330 (2003).

7. Véase *id.* en 326–27 (describiendo las diferentes normas de capacidad jurídica para actividades específicas, como el nivel de entendimiento necesario para rechazar tratamiento médico).

8. Véase Joan O’Sullivan, *Role of the Attorney for the Alleged Incapacitated Person* [El Papel del Abogado para las Presuntas Personas Incapacitadas], 31 STETSON L. REV. 687, 692–94 (2002) (exponiendo los derechos que pierden las personas con discapacidad como resultado de la curatela).

9. Véase *id.* (demarcando la pérdida de estas conductas, entre otras, y enfatizando que la curatela resulta en la abrogación de derechos civiles).

10. HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARISM [EL ORIGEN DEL TOTALITARISMO] 270 (1973).

11. Boaventura de Sousa Santos, *Poderá o Direito ser Emancipatório? [La Ley Podría ser Emancipadora?]*, 65 REVISTA CRÍTICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS 3 (2003).

Maria Helena Diniz argumenta que la capacidad es “la condición o la asunción de todos los derechos. Para ser ‘persona’ basta que el hombre exista, y para ser ‘capaz’, el ser humano necesita entender los requisitos para actuar por sí mismo.”¹²

La personalidad, como atributo psicológico que designa la individualidad del ser humano, es también, desde el punto de vista jurídico, intrínsecamente vinculada a la capacidad.¹³ Definición de roles sociales, la calificación simbólica, la asignación de funciones y la percepción descriptiva se establecen a partir de la capacidad jurídica—o más bien, de la *incapacidad* jurídica.¹⁴ El *no* poder hacer algo o ser impedido de hacerlo se impone irrefutablemente a las personas con discapacidad. La identidad asignada a personas con una o múltiples discapacidades determina muchas de las relaciones personales, independientemente de la personalidad real o características personales de cada persona.¹⁵

La prevalencia de la discapacidad en el entorno social, desde la perspectiva simbólica, restringe el conocimiento de los demás acerca de los atributos y circunstancias individuales de las personas con discapacidad; esta restricción legal de la capacidad agrava la estigmatización.¹⁶ En muchos aspectos, el concepto de la

12. MARIA HELENA DINIZ, CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL [CURSO DE DERECHO CIVIL BRASILEÑO: TEORÍA GENERAL DE DERECHO CIVIL] 131 (2002).

13. Véase Susan Stefan, *Silencing the Different Voice: Competence, Feminist Theory and Law* [*Silenciando la Otra Voz: Competencia, Teoría Feminista y Derecho*], 47 U. MIAMI L. REV. 763, 767–68 (1993) (observando que la evaluación y la aplicación de la discapacidad no toman en cuenta importantes diferencias de género).

14. Véase Knauer, *supra* nota 6, en 324 (relacionando la discapacidad jurídica por discapacidad mental o física con la aplicación histórica de discapacidad jurídica por raíz o género).

15. Muy raramente se escucha la descripción de una persona con discapacidad como “una mujer amable” o “un tipo muy inteligente.” Kanter señala: “[u]na vez que una persona se convierte en discapacitada, la discapacidad en sí se convierte en no sólo la identidad fundamental de la persona, según lo visto por los demás, pero con bastante frecuencia se convierte en la *única* identidad de la persona.” Véase Arlene S. Kanter, *The Law: What’s Disability Studies Got to Do With It or an Introduction to Disability Legal Studies* [*La Ley: Que Tiene que Ver con los Estudios de Incapacidad o una Introducción a los Estudios del Derecho de Discapacidad*], 42 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 403, 434–35 (2011) (traducción del autor).

16. Véase Samuel R. Bagenstos, *Subordination, Stigma, and “Disability”*

personalidad tiene su medida marcada por la capacidad jurídica. Venosa argumenta que “la personalidad jurídica es la proyección de la personalidad íntima de cada uno, la proyección social psíquica es la personalidad psíquica, con consecuencias jurídicas.”¹⁷ Según el autor, la “personalidad, en el ámbito jurídico, es la capacidad legal.”¹⁸ No ser capaz en el ámbito jurídico implica más que estar imposibilitado para realizar actos de la vida civil, se trata de una indudable negación de la personalidad y autonomía.¹⁹ No disponer de capacidad jurídica provoca el rechazo al estatus de sujeto de derechos; se les menosprecia al nivel de *objeto* de derechos.²⁰ Es decir, se convierten en seres humanos no ciudadanos, personas sin personalidad y menesterosos.

No es de extrañar que el debate sobre el derecho a la plena capacidad legal entró en el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.²¹ El tema se transformó

[*Subordinación, Estigma, y “Discapacidad”*] 86 VA. L. REV. 397, 427 (2000) (exponiendo el punto de vista de activistas con discapacidad sobre la clasificación inapropiada de la discapacidad como característica personal que supone su dependencia, en otros).

17. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, DIREITO CIVIL, VOL. I, PARTE GERAL [DERECHO CIVIL, VOL. I PARTE GENERAL] 123 (2006) (traducción del autor).

18. *Id.* (traducción del autor).

19. Véase Margaret Isabel Hall, *Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy, and Vulnerability* [*Capacidad Mental en la Ley (Civil): Capacidad, Autonomía, y Vulnerabilidad*], 58 MCGILL L.J. 61, 65 (2013) (interpretando la capacidad jurídica como la línea divisoria para obtener autonomía).

20. Véase *Selected Legislation and Jurisprudence: UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* [*Selección de Legislación y Jurisprudencia: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU*], 14 EUR. J. HEALTH L. 273, 273 (2007) [en adelante *Selección de Legislación y Jurisprudencia*] (destacando la percepción tradicional de personas con discapacidad como dependientes en la sociedad).

21. Véase Amita Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?* [*Capacidad Jurídica en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Dominio del Pasado o Estrella Polar del Futuro?*], 34 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 429, 442–45 (2007) (explicando la controversia en el Comité sobre el significado de “capacidad legal”); Robert D. Dinerstein, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making* [*Aplicando la Capacidad Jurídica Bajo el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: El Camino Penoso desde Tutela Legal Hacia la Adopción de Decisiones Asistidas*], 19 HUM. RTS. BRIEF 8, 8 (2012) (presentando el debate en preparación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

en uno de los más controvertidos durante los períodos de sesiones del Comité Ad Hoc en las Naciones Unidas.²² Sin embargo, su resultado se produjo a través del artículo 12 de la Convención, de manera muy progresiva, primando por la autonomía y asfixiando las márgenes para abuso del poder *curare*.²³

III. ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN: DERECHO A LA PLENA CAPACIDAD JURÍDICA

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta en sus artículos del preámbulo el nuevo paradigma legal de la discapacidad: la supremacía de la autonomía.²⁴ Esta elevación del derecho a la autonomía se ramificó en dos subprincipios bastante relevantes para el análisis realizado en este trabajo: la autonomía de la voluntad y la participación.²⁵ Ser autónomo presume detener la libertad para actuar con independencia

Discapacidad sobre la diferencia entre “la capacidad legal para tener derechos y la capacidad legal para actuar”).

22. Véase Dinerstein, *supra*, nota 21, en 8 (comentando que la capacidad legal era uno de los temas más controvertidos); Tara J. Melish, *An Eye Toward Effective Enforcement: A Technical-Comparative Approach to the Negotiations* [Mirando la Eficaz Ejecución: Una Estrategia Técnico-Comparativa a las Negociaciones] en VOICES FROM WITHIN: CIVIL SOCIETY’S INVOLVEMENT IN THE DRAFTING OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES 14 (2012) (notando que el Comité estaba de acuerdo sobre la necesidad de reconocer el derecho a capacidad legal, aunque no tomó una decisión sobre el ejercicio de este derecho).

23. Véase Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Optional Protocol [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo], art. 12, 13 dic. 2006, 2515 U.N.T.S. 3 [en adelante Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] (artículo 12 exige “[i]gual reconocimiento como persona ante la ley”); cf. Leslie Salzman, *Guardianship for Persons with Mental Illness – A Legal and Appropriate Alternative?* [Tutela Legal para las Personas con Enfermedad Mental – Una Alternativa Legal y Adecuada?] 4 ST. LOUIS U. HEALTH L. & POL’Y 279, 284 (2011) (describiendo el requisito del artículo 12, que cualquier limitación del ejercicio del derecho a capacidad legal debe respetar los demás derechos de la persona).

24. Véase Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, pml. (“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”).

25. Véase Melish, *supra* nota 22, en 14 (señalado la adición a la Convención de nuevas garantías de autonomía en la toma de decisiones e inclusión y participación en la comunidad).

y con el respeto de la sociedad por sus decisiones.²⁶ Por lo tanto, es forzoso reconocer que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad, incluso a través de medios adaptados, si son necesarios, y que puedan tenerla asegurada social y jurídicamente.²⁷

La autosuficiencia y la plena autonomía son mitos. Hay pocas etapas en el transcurso de la vida humana en que se vive de forma efectivamente autónoma. En muchos casos, la supervivencia en la infancia y en la vejez solo es posible con el apoyo de la familia y de la comunidad. El diputado brasileño Eduardo Barbosa, en la justificación del Proyecto de Ley Nro. 2.063 de 2011, que trata el tema de la autonomía, afirma: “[n]o es irrelevante recordar que incluso el adulto considerado autosuficiente, teniendo que tomar decisiones importantes con respecto a su vida, muy a menudo, consulte a otras personas que puedan ayudarle a tomar la mejor decisión posible.”²⁸ El asentimiento no reflejado de la autonomía realza una ficción de autonomía que ignora las experiencias reales en la vida de todos los individuos, independientemente que tengan o no discapacidad.²⁹

Sin embargo, aunque esté claro que la plena autonomía es irreal, los patrones occidentales de leyes rigen las relaciones jurídicas en sociedad. La ficción legal de la capacidad jurídica subyace muchos derechos fundamentales, incluyendo la participación social y el disfrute de una vida en igualdad de condiciones con los demás.³⁰ Así,

26. Véase *Selección de Legislación y Jurisprudencia supra* nota 20, en 278 (destacando la protección a la autonomía que brinda la Convención para mantener independencia al momento de tomar decisiones).

27. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 10 (enfaticando que artículo 12 de la Convención sitúa la persona con discapacidad como el actor principal en la toma de decisiones).

28. Cámara dos Deputados, Projeto de Lei Nro. 2.063, Justificação [Proyecto de Ley Nro. 2.063, Justificación], 18 de agosto de 2011, (Braz.) (traducción del autor) *disponible en* http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C7869F597DE3038B904B3A1D0DA53125.node1?codteor=910182&filename=PL+2063/2011.

29. Knauer, *supra* nota 6, en 325.

30. Véase István Hoffman & György Könczei, *Legal Resolution Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code* [Resolución Jurídica Relacionada con la Capacidad Jurídica Pasiva y Activa de Personas con Discapacidad Intelectual y Psicosocial Tiendo a la Luz de la Convención sobre los

exigir la capacidad jurídica para todos los seres humanos es esencial desde un enfoque de derechos humanos, de la ciudadanía y de la justicia social.³¹

Con el fin de consagrar tales ideas, la Convención establece en su artículo “n” del preámbulo que los Estados Partes “[reconocen] la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.”³² Además, no sólo se trata de albergar el derecho a la autonomía individual, sino la garantía de que las instituciones, los espacios de acción política y de la vida comunitaria reciban estas personas como sujetos participantes.³³ Así, en el artículo “o,” la Convención determina que los Estados “[consideren] que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.”³⁴

El artículo 12, bajo el título “Igual reconocimiento como persona ante la ley,” refuerza y caracteriza la obligatoriedad jurídica nombrada en el texto del preámbulo de la misma Convención.³⁵ El artículo trata principalmente la dinámica de la capacidad legal como corolario de la supremacía de la autonomía e impide la supresión de la capacidad civil con base en la discapacidad.³⁶ En el artículo 12, la

Derechos de las Personas con Discapacidad y la Inminente Reforma del Código Civil de Hungría], 33 LOY. L.A. INT’L & COMP. L. REV. 143, 146–47 (2010) (postulando que la restricción de derechos civiles supone también una reducción de la participación social).

31. Véase Dhanda, *supra* nota 21, en 457 (instando que es imposible realizar casi todos los derechos fundamentales sin la capacidad legal y dando como ejemplo el artículo 25 de la Convención, lo cual exige que los profesionales proveen el mismo nivel de cuidado a todas las personas, incluso al respeto de obtener un conocimiento libre e informado).

32. Véase Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, pmb.

33. *Id.* en arts. 12, 14, 19–21, 24–25, 27, 29–30.

34. *Id.* en pmb.

35. Cleide Ramos, *Artigo 12: Reconhecimento Igual Perante a Lei* [Artículo 12: Igual Reconocimiento ante la Ley] en A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMENTADA 53, 55 (Ana Paula Crosara de Resende & Flavia Maria de Paiva Vital eds., 2008).

36. Véase Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, ¶ 21, U.N. Doc. CRPD/C/11/4 (25 nov. 2013) [en adelante

Convención propone un nuevo régimen jurídico de la capacidad jurídica en los Estados Partes basado en cinco segmentos: (1) el reconocimiento como persona ante la ley;³⁷ (2) la igualdad formal;³⁸ (3) la toma de decisiones apoyada;³⁹ (4) una nueva regulación del ejercicio de la capacidad jurídica;⁴⁰ y (5) los derechos de propiedad.⁴¹ Se trata de un cambio de paradigma en lo que concierne los derechos de las personas con discapacidad.⁴² Dentro del derecho a la igualdad ante la ley, brotan derechos que se desarrollan de manera estrictamente relacionada con esta cuestión, pero antes de la codificación de estos, eran derechos completamente invisibles, ignorados y violados rutinariamente.⁴³

Observación General] (abogando el reconocimiento de la capacidad legal universal y la eliminación de la negación discriminatoria de capacidad legal por discapacidad).

37. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(1) (“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”).

38. *Id.* art. 12(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”).

39. *Id.* art. 12(3) (“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”).

40. *Id.* art. 12(4) (“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”).

41. *Id.* art. 12(5) (“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”).

42. Salzman, *supra* nota 23, en 285.

43. Véase Melish, *supra* nota 22, en 1 (destacando la historia escondida de violaciones de los derechos de personas con discapacidad como resultado de la

A. RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

El primer párrafo del artículo 12 prescribe el derecho a ser reconocido como persona ante la ley, es decir, el derecho a la personalidad jurídica. La cláusula inserta la locución “en cualquier lugar” en una referencia visible al ideal universalista de la norma como garantizadora de los derechos en el dominio intraestatal y como corolario de la ciudadanía.⁴⁴ Bajo ciertas leyes latinoamericanas se reconoce la personalidad jurídica desde el nacimiento con vida y a los nacientes se les resguardan derechos desde la concepción—así determinan los códigos civiles de Argentina, México y Brasil.⁴⁵ En el caso de Brasil, por ejemplo, también se garantiza que el certificado de nacimiento sea concedido gratuitamente a las personas carentes según sus disposiciones constitucionales.⁴⁶

Por lo tanto, este primer párrafo no trae grandes novedades para los sistemas latinoamericanos cuando ya establecen que no existe una gran diferenciación entre las personas con y sin discapacidad en el reconocimiento de la personalidad civil.⁴⁷ Sin embargo, en países donde todavía existen prácticas diferenciadas de registro civil para personas con discapacidad, tratándolas como subciudadanos y sin los mismos derechos que las demás personas, esta garantía convencional podría tornarse bastante transformadora.⁴⁸

abrogación de su autonomía y capacidad legal).

44. *Observación General*, *supra* nota 36, en ¶ 5.

45. Véase, por ejemplo CÓD. CIV. art. 70 (Arg.); CC art. 22 (Mex.); C.C. art. 2 (Braz.).

46. Véase U.S. Dep’t of Labor, Bureau of Int’l Labor Affairs, *Findings on the Worst Forms of Child Labor [Hallazgos sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil]* 3 (2012); véase también Nelza Oliveira, *Brazil Encouraging Birth Registration [Brasil Alentando los Registros de Nacimiento]*, *DIÁLOGO* (31 oct. 2011), disponible en http://dialogo-americas.com/en_GB/articles/saii/features/main/2011/10/31/feature-01 (explicando que Ley 9.534/97 asegura que el certificado de nacimiento será gratis en Brasil).

47. Véase *Observación General*, *supra* nota 36, en ¶¶ 1, 10 (afirmando que la Convención no añade derechos para las personas con discapacidad sino que protege los que ya tiene, entre ellos el derecho a la personalidad civil protegida en artículo 12, párrafo 1).

48. Véase *id.* en ¶ 27 (enfaticando la vinculación entre el reconocimiento de la capacidad jurídica y los demás derechos).

B. IGUALDAD FORMAL

El segundo párrafo se ocupa del derecho de las personas con discapacidad a la igualdad formal. Garantiza el derecho a la “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”⁴⁹ El principio de igualdad ya está codificado en la gran mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas.⁵⁰ A pesar de la actual codificación, la protección específica a las personas con discapacidad dentro de esta norma internacional se impone oportunamente para influir los ordenamientos nacionales. De manera categórica señala Ramos, “el artículo 12, en el párrafo 2, sin duda impide la supresión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.”⁵¹

Esta previsión asegura, además de la capacidad civil, una capacidad legal en igualdad de condiciones en todos los ámbitos de la capacidad: civil, penal, pública o política.⁵² Los derechos políticos se encuentran entre los derechos asegurados. El segundo párrafo pone de manifiesto la *inconveniencia* de conductas discriminatorias adoptadas por el Estado para que personas con discapacidad puedan votar o puedan ser candidatos a cargos electivos.⁵³

Por otro lado, se sostiene que la capacidad jurídica corresponde asimismo al deber de cumplir con sus responsabilidades, en particular, con la igual capacidad de ser responsabilizado por los actos ilícitos de carácter civil o penal. En este sentido, la *International Disability Alliance* propone que “las personas con

49. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12.

50. Véase, por ejemplo Art. 16, CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] (Arg.); CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art. 13; CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA [CN.] tit. IV, ch. 1, art. 27 LA GACETA, DIARIO OFICIAL [L.G.] 9 ene. 1987.

51. Ramos, *supra* nota 35, en 54 (traducción del autor).

52. Véase MARIANNE SCHULZE, UNDERSTANDING THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES - A HANDBOOK ON HUMAN RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES [ENTENDIENDO LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU] 90 (2010) (destacando que la autonomía conlleva el derecho de ejercer la capacidad jurídica).

53. Véase *Observación general*, *supra* nota 36, en ¶ 27 (planteando que la negación de la capacidad jurídica viola los derechos a votar y ser candidato a un cargo electivo contenidos en artículo 29).

discapacidades psicosociales deben tener una capacidad jurídica que corresponde a la de otras personas de ser responsables de sus delitos, sea por medios civiles, criminales, o por otro proceso, y de recibir todos los apoyos y alojamientos necesarios para asegurar que tengan acceso a la justicia.”⁵⁴ No se trata solamente de establecer derechos frente al Estado, sino que también incluye deberes y obligaciones.

C. LA TOMA DE DECISIONES APOYADA

1. *La Convención y sus antecedentes*

En tercer lugar, la Convención introduce una importante innovación en los sistemas jurídicos latinoamericanos: el instituto de la *toma de decisiones apoyada*.⁵⁵ El tercer párrafo del artículo 12 es de redacción simple, pero contiene implicaciones legales imponentes: [l]os Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁵⁶

La obligación estatal de proporcionar el apoyo necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad provoca consecuencias que afectan profundamente los sistemas legales. De igual forma, modifican sustancialmente las condiciones previas para las medidas que restringen la capacidad jurídica, entre otras, la curatela.⁵⁷ Se desvía de la lógica de toma de decisiones *sustituida* por la toma de decisiones *apoyada*.

La redacción anterior ilustra el cambio en el paradigma central que

54. International Disability Alliance, *Principles for Implementation of CRPD Article 12* [Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] ¶ 20 (2008) (traducción del autor) disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org/en/ida-position-papers-and-statements>.

55. Véase Nina A. Kohn et ál., *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship? [Tomando Decisiones Apoyadas: Una Alternativa Viable en vez de la Tutela?]*, 117 PENN. ST. L. REV. 1111, 1113, 1120–21 (2013) (comentando que la Convención promueve el concepto de la toma de decisiones apoyada en vez de la curatela).

56. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12.

57. Véase *Observación General*, *supra* nota 36, en ¶¶ 7, 22–25 (instando la responsabilidad de los Estados de examinar la ley de modo exhaustivo y modificar las prácticas, incluyendo la curatela, que discriminan las personas con discapacidad).

resultó, según Marianne Schulze, de “discusiones largas, minuciosas e incluso tediosas durante los períodos de sesiones del Comité Ad Hoc.”⁵⁸ La autora destaca que la propuesta fue ampliamente esgrimida por actores de la sociedad civil, en particular por el *International Disability Caucus* (IDC), que exigió un minucioso estudio para no dejar brechas que podrían subestimar este derecho o que podrían permitir la utilización de la toma de decisiones sustituida.⁵⁹

Pero, ¿por qué luchar tanto por esta disposición acogida por la Convención? La autonomía de las personas se ha subvertido sistemáticamente a través de herramientas legales que permiten la usurpación de la capacidad jurídica de los actos de la vida en la sociedad.⁶⁰ La habilidad de una persona con una discapacidad—que no tiene capacidad jurídica—para tomar decisiones, para lograr independencia y ser incluida plenamente en la comunidad “se encuentra fatalmente comprometida.”⁶¹ Por estas razones, *Inclusion International* sostiene que “la capacidad de actuar no es sólo componente de la capacidad jurídica en el artículo 12, es la parte más definitiva: el derecho a tomar decisiones.”⁶²

58. Véase MARIANNE SCHULZE, UNDERSTANDING THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES [ENTENDIENDO LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ONU] 60 (Handicap International ed., 2009) (comentando que el cambio de curatela a la toma de decisiones apoyada salió de estas discusiones).

59. Véase *id.* en 64 (sumando el importante rol del IDC en abogar por proteger contra las decisiones sustituidas en el lenguaje de la Convención).

60. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 9 (explicando que la curatela le usurpa la capacidad jurídica y la vida civil de las personas con discapacidad).

61. *Id.* en 9 (traducción del autor).

62. Inclusion International, Submission to the UN CRPD Committee of Experts Re: Draft General Comment No. 1 on Article 12 CRPD [Comunicación a la Comisión de Expertos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU sobre: Borrador de la Observación General No. 1 sobre el Artículo 12] [en adelante Borrador de la Observación General No. 1 sobre el Artículo 12] (2014) (traducción del autor) disponible en <http://inclusion-international.org/submission-crpd-committee-experts-general-comment-article-12/>.

2. *La toma de decisiones sustituida versus la toma de decisiones apoyada*

Es así que se logró albergar el derecho a la autonomía, la capacidad jurídica y la participación a partir de la noción de la toma de decisiones apoyada.⁶³ Aunque, en teoría, la idea que fundamenta la toma de decisiones apoyada sea clara, la conceptualización e instrumentación precisa no se encuentra definida.⁶⁴ Fundamentalmente, la toma de decisiones apoyada ayuda a las personas con discapacidad a entender la información, auxiliándolas a tomar decisiones de acuerdo con sus preferencias y deseos. Para manifestar la voluntad, la comunicación y la toma de decisiones, requiere que la sociedad apoye las condiciones para respetar y cumplir estos derechos.⁶⁵

El IDC propuso varias definiciones con el fin de tornar el concepto didáctico y distinguir la modalidad de la toma de decisiones sustituida.⁶⁶ De acuerdo con el IDC, la toma de decisiones apoyada sería: apoyar al individuo; proteger y defender su lado; estimular, comprometer y empoderar su participación y responsabilidad; determinar que es la persona quien tiene la última palabra en las decisiones; y fortalecer la persona.⁶⁷ Este concepto se opone a la toma de decisiones sustituida, que se caracterizaría por: poder oponerse y distorsionar la voluntad del individuo; estimular su desresponsabilización; suprimir las habilidades y retrasar su potencial de crecimiento; y además, censurar la voz de la persona y

63. Véase Salzman, *supra* nota 23, en 283–84, 306–7, 310–13 (notando el enfoque de la Convención en proteger el derecho a la autonomía y explicando la aplicación de este principio en la toma de decisiones apoyada).

64. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 12 (comentando que los informes de Estados indican una falta de entendimiento sobre la diferencia entre la toma de decisiones sustituida y la toma de decisiones apoyada).

65. Véase Dhanda, *supra* nota 21, en 446 (señalado que la toma de decisiones apoyada reconoce los derechos humanos de personas con discapacidad y su derecho al trato igual).

66. Véase *generalmente* Naciones Unidas, Comité Especial, Article 9: Equal Recognition as a Person Before the Law [Artículo 9: Igual Reconocimiento como Persona ante la Ley] (2005), *disponible en* <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9.htm> [en adelante Igual Reconocimiento como Persona ante la Ley] (notando que la toma de decisiones apoyada respeta la persona con discapacidad, mientras que la toma de decisiones sustituida le quita la autonomía a una persona).

67. *Id.*

el acceso a la información.⁶⁸

Dentro de la diferenciación propuesta entre la toma de decisiones sustituida y la apoyada, el Comité de Revisión Legislativa de Irlanda describe tres enfoques conceptuales que implican en la toma de decisiones apoyada, principalmente relacionados con la capacidad intelectual: el enfoque de estatus, de resultados y de función.⁶⁹ El enfoque de estatus se centra en un análisis aislado del individuo, teniendo en cuenta su diagnóstico médico-psiquiátrico; no se interesa en examinar ninguna decisión específica ni de un momento determinado de la vida de la persona.⁷⁰ En el enfoque de resultados, el examen de capacidad se estima con una decisión específica y particularmente de las consecuencias de la decisión. Estas consecuencias son los indicadores determinantes en este análisis.⁷¹ Por otra parte, el enfoque funcional concibe la capacidad con el binomio de la especificidad de la decisión y la especificidad del momento.⁷² Se evalúa la capacidad directamente relacionada con una decisión particular de un momento determinado, relativizando el concepto con base en la situación temporalmente considerada.

Los dos primeros enfoques, estatus y resultados, han sido utilizados con mayor frecuencia en los sistemas jurídicos por los institutos de toma de decisión sustituida, tales como la tutela o curatela.⁷³ El sistema brasileño, a pesar de la débil regulación legal sobre las exigencias en la motivación del juez en las decisiones jurisdiccionales en materia de restricción de capacidad, tiende a abordar la cuestión utilizando el enfoque de estatus y en el enfoque de resultados (por ejemplo, en caso del pródigo).⁷⁴ Sin embargo, el enfoque funcional en Brasil—así como en el contexto

68. *Id.*

69. Amnesty International, *Decision-making Capacity in Mental Health: Exploratory Research into the Views of People with Personal Experience* [*Capacidad de Decisión en el Ámbito de la Salud Mental: Investigación Exploratoria de las Opiniones de Personas con Experiencia Personal*] 14 (2009) [en adelante CAPACIDAD DE DECISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MENTAL].

70. *Id.*

71. *Id.*

72. *Id.*

73. Véase Dhanda, *supra* nota 21, en 431–34 (explicando que los jueces utilizan analizan casos de distintas formas, algunos apoyándose más en peritos legales, y otros tomando una decisión sin tomar en cuenta detalles del caso).

74. Véase, por ejemplo C.C. art. 459 (Braz.).

latinoamericano—es residual, para no decir inexistente. En Latinoamérica, este último enfoque se ha presentado, sin duda, como la mayor implicación del principio de la autonomía de voluntad.

El enfoque funcional se basa en la premisa que las personas pueden no ser capaces sólo de tomar *ciertas* decisiones y que la capacidad sería *mudable* con el tiempo.⁷⁵ A menudo, el nivel de capacidad necesario para llevar a cabo relaciones jurídicas depende de la clase de operación en cuestión o de la naturaleza del poder requerido para la toma de decisiones.⁷⁶ En otras palabras, una persona puede tener la capacidad de contratar, sin necesidad de tener la misma capacidad para ejecutar un testamento.⁷⁷ Así, para cada acto de la vida civil se requeriría un nivel de capacidad jurídica diferenciada.⁷⁸ Existen dos modelos teóricos que esclarecen la capacidad legal: el modelo de la capacidad lineal y el modelo de capacidad circunstancial.

3. Modelos teóricos: capacidad lineal y capacidad circunstancial

Primeramente, en el modelo de capacidad lineal se sobreentiende que hay un continuo jerárquico de capacidad, comenzando desde las decisiones más básicas (por ejemplo, rechazar medicamentos) hasta llegar a las decisiones más altas y complejas (por ejemplo, firmar un contrato).⁷⁹ Nancy Knauer afirma que al utilizar un modelo de capacidad lineal, el sistema legal se movería a lo largo de una línea inclinada constante. Es decir, en los niveles básicos, promulga el derecho de autonomía individual, pero “con el aumento de la complejidad, el péndulo se direccionaría hacia la conservación y la seguridad jurídica de la comunidad.”⁸⁰ La profesora Knauer indica

75. Véase Knauer, *supra* nota 6, en 326–27 (explicando que al mirar los casos de personas con un enfoque funcional, es evidente que se necesita un estándar distinto dependiendo de la capacidad de la persona en cada caso).

76. *Id.* en 325.

77. *Id.*

78. Véase Kristin Booth Glen, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond* [*El Cambio de Paradigmas: Capacidad Mental, Capacidad Legal, Curatela y Más Allá*], 44 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 93, 146–147 (explicando que los aspectos de la vida civil pueden requerir un nivel de capacidad diferenciado, por ejemplo en asuntos financieros, de salud, servicios legales, y contratar).

79. Knauer, *supra* nota 6, en 327.

80. *Id.* (traducción del autor).

que habría un sopesamiento valorativo entre los intereses de la autonomía individual y los intereses colectivos con respecto a la seguridad jurídica a partir de las conductas ejecutadas por personas con discapacidad.⁸¹

De acuerdo con esta orientación, la capacidad legal acaece a través de un modelo en *continuum*, representado por una línea inclinada hacia arriba que crecería en una transición cuantitativa gradual, sin cambios o discontinuidades.⁸² Las personas poseerían una capacidad plena la cual se iría gradualmente restringiendo a la vista de relaciones jurídicas que requerirían una cognición cada vez más compleja.⁸³ En el nivel más básico del espectro se requeriría poca o mínima asistencia en la toma de decisiones, que aumentaría de acuerdo con la mayor complejidad de la materia jurídica en cuestión, hasta que, “para algunos asuntos, ya no podría hallarse la toma de decisiones apoyada sino solamente la toma de decisiones sustituida.”⁸⁴

En segundo lugar, el modelo de capacidad circunstancial propone que no habría tal continuo lineal, sino una capacidad establecida a través de la siguiente lógica: cada caso es distinto y cada momento, único. En dicho razonamiento, cabe destacar la importancia de la temporalidad de la capacidad jurídica, la cual sería, para cada situación, individualizada y mudable.⁸⁵ Igualmente no habría una escala o jerarquía empezando de una menor hacia una mayor incapacidad.⁸⁶ Cada acto correspondería a una capacidad específica.⁸⁷

81. Véase *id.* (presentando la contrariedad del principio de capacidad jurídica: si tiene el fin de proteger la autonomía de la persona con discapacidad o proteger la sociedad de esa persona).

82. Véase *id.* (demostrando la jerarquía de estándares de capacidad legal para la toma de decisiones más básicas, tal como poder rechazar un tratamiento médico, en comparación con decisiones más complejas como el que presume el poder de contratar).

83. Véase *id.* en 327–29 (notando que el estándar de capacidad legal es más complejo cuando una decisión afecta los intereses otras personas).

84. Knauer, *supra* nota 6, en 327–29 (traducción del autor).

85. Véase CAPACIDAD DE DECISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MENTAL, *supra* nota 69, en 1–2 (abogando por una determinación de capacidad específica a la situación y a la persona).

86. Véase MICHAEL BACH, LANA KERZNER, A NEW PARADIGM FOR PROTECTING AUTONOMY AND THE RIGHT TO LEGAL CAPACITY [UN PARADIGMA NUEVO PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA] 71-72 (2010) (enumerando tres condiciones necesarias para evaluar

Por ejemplo, una persona con discapacidad de aprendizaje puede necesitar asistencia en la lectura para el análisis de un contrato nuevo y redactado con lenguaje técnico.⁸⁸ Sin embargo, si la misma persona ha leído un contrato similar varias veces, quizás ya no necesite un apoyo, dado a que la persona habría tenido la oportunidad de comprender y conocer el lenguaje relevante. Al estar habituado a esta actividad, el individuo podría llegar a leer y firmar contratos de forma independiente.⁸⁹ Del mismo modo, una persona que no se comunica verbalmente puede tener un familiar de confianza quien le ayude a interpretar actos no verbales a través de comunicación alternativa o aumentativa con un gerente de banco para llevar a cabo transacciones financieras.⁹⁰ Sin embargo, cuando la persona ya está acostumbrada a la lectura labial del gerente financiero, es posible que no llegue a necesitar del apoyo de su familiar para realizar ciertos trámites.

4. *Otras consideraciones importantes para personas con discapacidad*

El informe de Amnistía Internacional de 2009 sobre la capacidad para la toma de decisiones registra entrevistas con varias personas con trastornos mentales en una encuesta acerca de su perspectiva sobre su capacidad jurídica.⁹¹ Los participantes describieron que durante períodos de estrés mental, la toma de decisiones podía

capacidad legal: (1) la capacidad de tomar decisiones que satisfacen un umbral mínimo ya establecido; (2) el apoyo para la toma de decisiones; y (3) una acomodación razonable para las personas involucradas en la toma de decisiones).

87. *Id.*

88. *Véase generalmente id.*

89. *Véase id.* en 72 (argumentando que una comprensión amplia sobre las discapacidades amplificaría nuestra comprensión de la capacidad jurídica).

90. *Véase generalmente* Augmentative and Alternative Communication (AAC) [Comunicación Aumentativa y Alternativa], AMERICAN SPEECH-LANGUAGE-HEARING ASSOCIATION, *disponible en* <http://www.asha.org/public/speech/disorders/AAC/> (describiendo cómo la comunicación aumentativa y alternativa incluye todas las formas de comunicación, aparte de la comunicación oral, que se utilizan para expresar pensamientos, necesidades, deseos, e ideas).

91. *Véase* CAPACIDAD DE DECISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MENTAL, *supra* nota 69, en 1 (explicando que el objetivo de la encuesta de Amnistía Internacional de 2009 era de explorar la actitud de personas con discapacidad acerca del tema de capacidad jurídica).

parecer “montañas imposibles de escalar.”⁹² Ciertas personas entrevistadas reconocieron que estaban perdiendo su capacidad: uno de los encuestados declaró que reconocía esta pérdida de capacidad y sentía que su “mente estaba barajando.”⁹³

Los encuestados señalaron también que a veces el uso de ciertos medicamentos en dosis altas podría poner en peligro su capacidad. Según uno de los entrevistados el medicamento recetado “literalmente inhibía su capacidad de pensar.”⁹⁴ Conforme a estos relatos es evidente que los trastornos psíquicos y los tratamientos médicos pueden resultar en una disminución de la capacidad individual para actos civiles.⁹⁵ La mayoría de las personas entrevistadas manifestaron que su incapacidad es usualmente parcial; a pesar de presentar comportamiento “inapropiado,” todavía eran capaces de tomar decisiones.⁹⁶ Estos testimonios parecen sustanciar el modelo teórico de capacidad circunstancial, es decir, la tesis de que la capacidad acaece de acuerdo a la especificidad de la decisión y la especificidad del momento.⁹⁷

Otra consideración que se debe subrayar en este debate es que, en general, todas las personas pueden tomar decisiones malas o decisiones insensatas, esto no es exclusivo de personas con discapacidad.⁹⁸ Se trata de un sistema de evaluación basado en el enfoque de los resultados, propuesta por el Comité de Revisión Legal irlandés, que valora el análisis de la capacidad jurídica a partir de la propia decisión tomada.⁹⁹ Desde esta perspectiva, se evalúa la

92. *Id.* en 2.

93. *Véase generalmente id.* en 3.

94. *Véase id.* (destacando que la administración de medicamentos en altas dosis puede afectar la capacidad de tomar decisiones).

95. *Véase id.* (observando la paradoja que presentan los tratamientos trastornos psíquicos dado a que pueden resultar en la disminución de la capacidad).

96. *Véase id.* en 2 (enfaticando que la capacidad de controlar comportamiento no siempre está conectado con la capacidad de tomar decisiones).

97. *Véase id.* en 3 (traducción del autor) (concluyendo que los resultados de la encuesta apoya la teoría que la capacidad de tomar decisiones depende con dos elementos: la especificidad de la decisión y la especificidad del momento).

98. OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, MAKING DECISIONS: A GUIDE FOR FAMILY, FRIENDS AND OTHER UNPAID CARERS [TOMANDO DECISIONES: UNA GUÍA PARA FAMILIA, AMIGOS Y CUIDADORES NO REMUNERADOS] 11 (2009).

99. *Véase* The Ireland Law Reform Commission, *Report: Vulnerable Adults and the Law* [Comité de Revisión Legal irlandés, *Informe: Los Adultos Vulnerables y La Ley*] 1, 26 (2006) disponible en <http://www.lawreform.ie/>

capacidad jurídica mediante el análisis de la razonabilidad de la decisión.¹⁰⁰ Aunado a esto, la capacidad legal tiene el potencial para convertirse en una doctrina que contribuye a su propio cumplimiento—es decir, una doctrina autocumplida (*self-fulfilling doctrine*)—quienes tomen decisiones que son socialmente aprobadas, tendrán capacidad jurídica y quienes tomen decisiones malquistas, serán considerados incapaces.¹⁰¹ Potencialmente, posturas de orientación moralista pueden ser peligrosas y podrían llegar a amenazar la garantía de libertad y la autonomía.¹⁰²

La toma de decisiones apoyada, independientemente del enfoque o modelo teórico, se debe ejecutar con la ayuda de personas en las cuales la persona con discapacidad confía. Así, la persona con discapacidad debe elegir su persona de apoyo.¹⁰³ La confianza es un elemento esencial en este nuevo paradigma. La capacidad puede quedar muy restringida si la información no es suministrada por personas “de confianza.”¹⁰⁴ Además de simplemente ayudar a entender información compleja con lenguaje accesible, la confianza es un factor determinante en la creación y el ejercicio de la capacidad legal.¹⁰⁵ La Convención requiere que este apoyo se base en la confianza, en el respeto y que no sea ejercido contra la voluntad de las personas con discapacidad.¹⁰⁶

Robert Dinerstein recalca que la toma de decisiones apoyada se puede definir como el “conjunto de relaciones, prácticas, acuerdos y convenios [. . .] destinados a ayudar a una persona con discapacidad

fileupload/Reports/Report%20Vulnerable%20Adults.pdf) (“Bajo el enfoque de “resultado”, la capacidad está determinada por el contenido de la decisión del individuo, por lo que una decisión que no se ajusta a los valores normales de la sociedad (o los valores de la evaluador) podría ser considerada como evidencia de la incapacidad”).

100. *Id.*

101. *Id.*

102. *Id.*

103. Véase CAPACIDAD DE DECISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD MENTAL, *supra* nota 69, en 41-42 (proponiendo que las personas con discapacidad prefieren la ayuda de una persona que confían).

104. Véase, por ejemplo *id.* en 3 (traducción del autor) (notando que algunos participantes de la encuesta prefieren la ayuda de una persona de confianza en lugar de una persona con conocimiento jurídico).

105. Véase generalmente *id.*

106. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4).

a tomar y comunicar decisiones.”¹⁰⁷ En este sentido, el autor sostiene que “la forma más pura de la toma de decisiones apoyada dependería de los sistemas de apoyo de la comunidad, del grupo y de apoyos ‘naturales’ (familia y amigos).”¹⁰⁸ En el contexto latinoamericano, estos mecanismos poseen una importancia pronunciada. Por ejemplo Ricardo Da Fonseca señala que, en Brasil, miembros de la familia y los cónyuges tienen la mayor carga en el apoyo a las personas con discapacidad “debido a la precariedad de los derechos de acceso que caracteriza el grupo en discusión.”¹⁰⁹

Sin embargo, los lazos familiares pueden igualmente garantizar o violar los derechos de las personas. El *Disability Rights International* (DRI) resalta que todo individuo con discapacidad que desafía autoridades creadas—por ejemplo, gobiernos, profesionales de la salud, trabajadores sociales o miembros de su propia familia—se enfrentan al riesgo de ser relegados a la institucionalización, a sufrir abuso, negligencia o violencia.¹¹⁰ El riesgo engendra miedo y el miedo aleja el empoderamiento de la persona.¹¹¹ Este contexto peculiar exagera la vulnerabilidad de estas personas. Así, el DRI recomienda que los Estados deben considerar los servicios médicos y las estructuras sociales disponibles para las personas con discapacidad al momento de brindar las protecciones garantizadas por el artículo 12.¹¹² Por esta razón, el DRI opina que la aplicación efectiva del artículo 12 sólo será posible a través de la aplicación del

107. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 3 (traducción del autor).

108. Véase *id.* (traducción del autor).

109. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, *A ONU e seu Conceito Revolucionario de Pessoa com Deficiência* [La ONU y su Concepto Revolucionario de la Persona con Discapacidad], TODOS NOS (mar. 2008) disponible en <http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia> (traducción del autor) (conectando los sistemas de apoyo de Dinerstein al contexto de la familia en Latinoamérica).

110. ERIC MATHEWS ET AL., *DISABILITY RTS. INT'L, LEFT BEHIND: THE EXCLUSION OF CHILDREN AND ADULTS WITH DISABILITIES FROM REFORM AND RIGHTS PROTECTION IN THE REPUBLIC OF GEORGIA* [QUEDADO ATRÁS: LA EXCLUSIÓN DE LOS NIÑOS Y ADULTOS CON DISCAPACIDADES EN LA REPÚBLICA DE GEORGIA], 30 (2013).

111. *Id.* (describiendo el ciclo de miedo que sufren personas de discapacidad cuando desafían a las autoridades).

112. *Id.* (proponiendo que leyes nacionales serán insuficientes si las estructuras sociales no respetan los derechos garantizados por el artículo 12).

artículo 19 de la Convención, que garantiza el derecho a la vida independiente y la inclusión en la comunidad.¹¹³

5. SISTEMAS PARA LA EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES APOYADA

Aparte del reconocimiento del papel desempeñado por los lazos familiares y comunitarios, existen personas que no tienen este tipo de estructuras de apoyo social a su alcance y a quienes no se le puede negar el derecho a la toma de decisiones apoyada.¹¹⁴ Independientemente del contexto de apoyo social, el texto de la Convención trae obligaciones ineludibles al Estado. Se ordena la creación de mecanismos judiciales o administrativos para lograr apoyo en contextos extrafamiliares y el Estado designa representantes autorizados.¹¹⁵ Países como Suecia, Canadá, el Reino Unido, Alemania e Italia han adoptado disposiciones institucionales en este sentido.¹¹⁶

En el Reino Unido, el *Mental Capacity Act* de 2005 asegura que el apoyo esté disponible independientemente de la forma de “representantes independientes de capacidad mental” (*Independent Mental Capacity Advocates*) para aquellas personas que no tienen familia o amigos y que enfrentan decisiones sobre el cambio de alojamiento y/o para los tratamientos médicos más graves.¹¹⁷ El *Mental Capacity Act* establece los siguientes lineamientos: se debe

113. Véase *id.* (detallando la opinión del DRI que el derecho a la vida independiente y a la inclusión de la comunidad garantizado bajo el artículo 19 son necesarios para la aplicación del artículo 12).

114. Véase generalmente Jeremy Ward, *Supported Decision-Making [La Toma de Decisiones Asistida]*, QUEENSLAND PARENTS OF PEOPLE WITH DISABILITY NEWSLETTER (ago. 2013) disponible en <https://s3-ap-southeast-2.amazonaws.com/activ8wanda/Pearl/1043/Supported%20Decision-Making-Pearl-1043.pdf> (comentando que existen situaciones donde una persona con discapacidad no tiene el apoyo de una persona en la toma de decisiones y en estos casos es necesario que la persona obtenga la ayuda de un tutor o un administrador).

115. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12 (destacando las obligaciones del estado de acuerdo con párrafo 4 de artículo 12).

116. Véase generalmente Dinerstein, *supra* nota 21, en 3.

117. Véase FULTON ET AL., PARADIGM-U.K., SUPPORTED DECISION MAKING: A GUIDE FOR SUPPORTERS [LA TOMA DE DECISIONES ASISTIDA: UNA GUÍA PARA LOS PARTIDARIOS] 1, 4 (2008) (presentando el *Mental Capacity Act* y las protecciones que brinda a las personas con discapacidad que no tienen amigos o familiares como tutores).

presumir que la persona tiene capacidad, a menos que se haya determinado el contrario; la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión hasta que se hayan llevado a cabo todas las medidas posibles para ayudar a tomarla; y la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión simplemente porque previamente tomó una mala decisión.¹¹⁸ Además de estas directrices, la ley británica indica que, al determinar si una persona con discapacidad debe recibir apoyo, se debe analizar: primero, si la persona tiene algún impedimento o trastorno mental o cerebral; segundo, si la persona es capaz de comprender la información relevante para la decisión, memorizarla y utilizarla como parte del proceso de decisión y luego comunicar la decisión sea por la habla, lengua de señas, o por cualquier otro medio.¹¹⁹

La guía publicada por la organización no gubernamental británica, *Paradigm*, recomienda que los apoyadores de decisión se pregunten lo siguiente:

¿Entiende lo que es importante para la persona y lo que quiere comunicar? ¿Es usted la persona adecuada para apoyarla? ¿La información que usted brinda es relevante para la decisión? ¿Está presentando la información de una manera que la persona logre entenderle? ¿Le está comunicando la información en el sitio y el momento adecuado?¹²⁰

Si todas las preguntas se pueden contestar en la afirmativa, el representante puede ser apto para apoyar la persona con discapacidad.¹²¹

Al igual que en el Reino Unido, hay iniciativas similares en Canadá e Italia. En el estado canadiense de Columbia Británica existe el *Representation Agreement*, un documento legal para la

118. Véase *id.* en 5.

119. Véase CAMBRIDGE INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES RESEARCH GROUP, SUBMISSION TO THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES [PRESENTACIÓN AL COMITÉ DEL DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDADES] 1, 3-4 (2012) (identificando las dos etapas utilizadas en la acta para evaluar la capacidad de tomar de decisiones).

120. Véase Fulton, *supra* nota 117, en 16 (traducción del autor) (mostrando ejemplos de preguntas que los apoyadores pueden utilizar cuando están apoyando una persona con discapacidad para la toma de una decisión).

121. Véase *id.* en 16-17 (concluyendo que si la persona no puede contestar las preguntas es necesario llevar a cabo una evaluación de la capacidad de una persona).

planificación personal en la que una persona con discapacidad puede, por instrumento mandatario, asignar apoyadores para ayudar a administrar ciertas materias y auxiliar en su toma de decisiones. De manera similar, Italia creó el instituto del *Amministrazione di Sostegno* por la Ley Nro. 6 de 2004, que equivale a una alternativa a la curatela y la toma de decisiones sustituida. El instituto tiene como objetivo garantizar la implementación de un sistema de toma de decisiones apoyada, con la mayor independencia posible para las personas con discapacidad.¹²²

Además, Robert Dinerstein sugiere un modelo para la adopción de la toma de decisiones apoyada por los Estados que incluye la elección y registro de apoyadores públicos.¹²³ Explica que para llevar a cabo este modelo, los gobiernos necesitarían un sistema de registro o base de datos con información sobre personas calificadas que puedan ayudar con transacciones legales.¹²⁴ Tal sistema también podría facilitar la formación y la cualificación de estos apoyadores, y administrar efectivamente este servicio de manera transparente y democrática.¹²⁵

Por último, es esencial destacar que la toma de decisiones apoyada no es una negación absoluta de la toma de decisiones sustituida. El objetivo es asegurar que la persona con discapacidad sea principalmente el tomador de decisiones en su vida.¹²⁶ Aún, cuando una persona con discapacidad solicita este apoyo total en el modo sustituido, su deseo debe ser igualmente respetado.¹²⁷ Da Fonseca

122. Legge 9 gennaio 2004, n. 6 (It.) [Ley 9 enero 2004, Nro. 6 (Italia)].

123. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 3 (presentando otro elemento necesario en un sistema de la toma de decisiones apoyadas según el ONG *Inclusion Europe*).

124. Véase *generalmente id.* (“Jurisdicciones necesitan un sistema de registro para tranquilizar a aquellos que entran en contacto con personas con discapacidad que los apoyadores están autorizados a asistir a ellos.”).

125. Véase *generalmente id.* en 1–5 (teorizando que la elección y el registro de apoyadores públicos podría crear un sistema de la toma de decisiones apoyadas efectiva y transparente).

126. Véase Fulton, *supra* nota 117, en 10 (explicando otros objetivos en el sistema de decisiones apoyadas, estos incluyen el apoyo hacia: la comunicación, la interacción social, y la contribución social de la persona con discapacidad).

127. Véase *generalmente* Eike-Henner W. Kluge, *Incompetent Patients, Substitute Decision and Quality of Some Ethical Considerations* [Pacientes Incapacitados, Decisiones Sustituidas y Calidad de Ciertas Consideraciones Éticas] 10 MEDSCAPE J. MED. 237, 241 (2008) (traducción del autor) (recalcando

señala que si el derecho de tomar decisiones de las personas con discapacidad se debe cumplir “garantizando, si bien, la protección a través de la tutela o curatela de una manera complementaria, como ocurre con la prohibición parcial prevista en el Código Civil de Brasil.”¹²⁸ No obstante, Nadina Foggeti subraya que en estos casos, el apoyador debe procurar de forma factible el ejercicio de la capacidad jurídica en la mayor medida posible, según los deseos de la persona.¹²⁹

D. UN NUEVO RÉGIMEN PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

1. *La prevención de malas prácticas y abusos*

El cuarto inciso del artículo 12 manifiesta una verdadera reforma de las instituciones de toma de decisiones sustituida, es decir, la curatela.¹³⁰ El artículo 12 es el instrumento más grande y presenta el mayor rol prescriptivo de normas con aplicación objetiva e inmediata. Centrándose en reglas y no en principios, el cuarto inciso aspira a la inclusión de “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos.”¹³¹ Esta es una regla de precaución dado a que promueve la prevención de malas prácticas del poder *curare* y de abusos relacionados con las personas con discapacidad.¹³² Aunque esta norma limita los institutos encargados de la toma de decisiones sustituida, esta también se relaciona directamente a la toma de decisiones apoyada en el sentido que la toma de decisiones apoyada

que las personas que asisten la toma de decisiones deben tomar en cuenta los valores de la persona con discapacidad y no deben tomar una decisión basada en sus propios valores).

128. Véase da Fonseca, *supra* nota 109, en 6 (traducción del autor) (incluyendo el Código Civil de Brasil que garantiza la protección de tutores para personas con discapacidad).

129. Nadina Foggeti, *Proposal for Implementation of Article 12 of CRPD* (2012).

130. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4).

131. *Id.*

132. Véase *Observación General*, *supra* nota 36, en ¶ 18 (explicando que párrafo 4 de artículo 12 obliga a los estados a crear salvaguardias efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica).

debe regirse por los mismos principios y reglas.¹³³ El cuarto inciso provee:

[l]os Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.¹³⁴

La última parte del párrafo presenta un dictamen de materia preventiva establece que: “salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”¹³⁵ Esta frase establece el metaprincipio jurídico de la proporcionalidad en el momento de subsumir los textos normativos al caso concreto.¹³⁶ Para las personas con discapacidad, esta medida fue acogida positivamente, ya que hace hincapié en la idea de la primacía de estas personas como sujetos de derechos mediante la asignación de los “derechos e intereses de la persona.”¹³⁷

En esta perspectiva, la norma preventiva se divide en cinco subderechos u obligaciones del Estado: (i) el respeto a los derechos, a la voluntad y a las preferencias de la persona; (ii) la exención de conflicto de intereses o de influencia indebida; (iii) la

133. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 3 (estableciendo que artículo 12 adopta el sistema de la toma de decisiones con apoyo).

134. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4).

135. *Id.*

136. Véase Kristin Booth Glen, *The Challenge: The CRPD and the Right to Legal Capacity* [El Desafío: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Derecho a la Capacidad Jurídica], 42 INT'L L. NEWS 1, 2-3 (2013), disponible en http://www.americanbar.org/publications/international_law_news/2013/spring/challenge_crpdc_right_legal_capacity.html (contrastando la primacía de los derechos bajo la Convención y la discriminación histórica contra las personas con discapacidad).

137. *Id.* (traducción del autor).

proporcionalidad y apropiación a las circunstancias de la persona; (iv) la adopción por el menor tiempo posible; y (v) la revisión periódica por un órgano competente.¹³⁸

En primer lugar, garantiza que el respeto a los derechos, a la voluntad y a las preferencias de la persona, con el fin de preservar el cambio de paradigma promulgado por la Convención, es decir, la supremacía de la autonomía.¹³⁹ Esto elimina indirectamente el riesgo de un posible conflicto de interés entre las personas con discapacidad y los curadores o apoyadores con los cuales haya conflicto de interés, aunque indirectamente. Impide que surjan decisiones contrarias al mejor interés de la persona con discapacidad.¹⁴⁰

Asimismo, se veda el ejercicio asistido de la capacidad jurídica cuando existe una influencia indebida por estas personas o profesionales.¹⁴¹ Para ello, debe haber sospecha razonable o evidencia sustancial de que el apoyador haya ejercido actos que resultan en una influencia injusta. Ciertamente, esta conducta no es una simple determinación y en consecuencia el estándar sería difícil de aplicar de manera efectiva. Sin embargo, la inclusión de esta norma fue una decisión innovadora y podrá sostener muchas demandas de revisión curatelar.¹⁴²

También se requiere que haya proporcionalidad y apropiación de las medidas auxiliares al ejercicio de la capacidad a las circunstancias específicas de la persona con discapacidad, es decir, no se puede adoptar medidas iguales—i.e. *one size fits all*—para

138. Véase *id.* (notando las cinco obligaciones del Estado de acuerdo con la segunda frase del párrafo 4 del artículo).

139. Véase *id.* (proponiendo que la frase “[e]sas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos” es fundamental en el cambio de paradigma).

140. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 3 (afirmando que la Convención requiere que los apoyadores tengan la confianza de las personas con discapacidad y sus relaciones “estar provista de respeto.”).

141. Véase Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4) (párrafo 4 de artículo 12 exige “[e]sas salvaguardias asegurarán . . . que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida . . .”).

142. Véase Letter from the Int’l Disability Alliance, Legal Opinion on Article 12 of CRPD [Carta del Int’l Disability Alliance, Opinión Legal Sobre Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] 4 (2008) (describiendo la Convención como una herramienta legal “innovadora” para la creación de un modelo de toma de decisiones apoyada).

todos los casos.¹⁴³ La individualización de las medidas curatelares o de apoyo, urge por esta nueva regulación. En este sentido, la organización no gubernamental *Inclusion International*, en respuesta a la convocatoria del Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sugirió que la aplicación correcta de esta norma debe lograrse a través de medidas que toman en cuenta la decisión específica y momento específico. Además, se debe distinguir entre el tipo de decisión y la medida respectiva, ya sea financiera o personal, y su alcance.¹⁴⁴

Por último, se listan dos requisitos de carácter procedimental para que las legislaciones nacionales se adapten rápidamente. Se decreta que cualquier medida que limite la capacidad debe ser aplicada “en el plazo más corto posible;” por lo tanto, ya no pueden haber medidas incondicionales ni por plazos indeterminados.¹⁴⁵ El tiempo más corto debe ser garantizado por una decisión que establezca un plazo específico o, en *ultima ratio*, señale condiciones objetivas de determinación del tiempo para su vigencia—por ejemplo, la salida del estado de coma.¹⁴⁶ La otra regla prescribe que las medidas están “sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial;” el órgano por excelencia para tal examen en Latinoamérica, según la tradición continental europea, sería el poder judicial.¹⁴⁷

2. Críticas y consideraciones

No obstante, la redacción del párrafo no está exenta de críticas. El *International Disability Caucus* (IDC) condenó enérgicamente la

143. Véase Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4) (explicando que los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad se aplican a cada persona subjetivamente).

144. Véase generalmente Borrador de la Observación General No. 1 sobre el Artículo 12, *supra* nota 62 (enumerando otros ejemplos de la correcta aplicación de las salvaguardias garantizadas por el artículo 12, incluyendo la participación de varias personas para ayudar con distintas decisiones).

145. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(4).

146. *Id.* (argumentando que las medidas que limitan el ejercicio de capacidad legal se deben aplicar sólo durante un tiempo breve y limitado).

147. *Id.*

terminología adoptada, que consideró paternalista y casi curatelar.¹⁴⁸ Expresiones tales como “adecuada a las circunstancias de la persona” y “proporcionales al grado en que dichas medidas afecten . . . las personas” pueden implicar una interpretación demasiado subjetiva por parte del apoyador o curador, y no necesariamente en una observación continua por la autoridad estatal competente.¹⁴⁹ Además, IDC entendió que el término “proporcionales” en el contexto del párrafo tiene un efecto limitante. En resumen, la IDC consideró que el artículo utiliza el lenguaje de la *cuasi*-toma de decisiones sustituida revestido como toma de decisiones apoyada.¹⁵⁰

Tal resistencia a cualquier lenguaje mínimamente curatelar se basa en el recelo a excesos observados en el ejercicio del poder *curare* en los sistemas que adoptan la toma de decisiones sustituida.¹⁵¹ La IDC afirma que las leyes de curatela y similares, en lugar de proteger las personas con discapacidad contra los abusos, aumentan las posibilidades de abuso.¹⁵² La curatela y los institutos de toma de decisiones sustituida facilitarían la institucionalización si los curadores tienen el poder de simplemente autorizar la institucionalización, incluso cuando la persona se opone.¹⁵³ En estos esquemas, “basta una determinación judicial para que una persona pierda el derecho a determinar su lugar de residencia, a votar, a casarse y a comenzar un negocio. Tales privaciones resultan en una forma de vida humillante y degradante.”¹⁵⁴

En todo caso, la adopción de limitaciones mínimas en la toma de decisiones sustituida es una novedad en materia de tratados

148. Véase generalmente SHULZ, *supra* nota 58 en 91 (traducción del autor) (presentando las objeciones de la IDC a la terminología adoptada en artículo 12).

149. Véase *id.* (traducción del autor) (destacando que el lenguaje del artículo 12 podría ser demasiado subjetiva y podría resultar en una cantidad excesiva de poder para los apoyadores).

150. Véase *id.* (traducción del autor) (resumiendo el argumento de la IDC que la terminología del artículo 12 es más similar a un sistema de “decisiones sustituida” que un sistema de “decisiones apoyada.”).

151. Véase Igual Reconocimiento como Persona ante la Ley, *supra* nota 66, en 2 (señalando que las leyes de curatela pueden resultar en abuso de las personas con discapacidad).

152. *Id.*

153. *Id.*

154. Véase *id.* (traducción del autor) (explorando los peligros potenciales que pueden producirse en los sistemas que adoptan leyes de curatela y la toma de decisiones sustituida).

internacionales de derechos humanos, sirviendo como herramienta jurídica supranacional importante para obstaculizar abusos y violaciones graves a la autonomía.¹⁵⁵

E. DERECHOS PATRIMONIALES

Por último, el quinto apartado del artículo 12 trae una de las innovaciones más beneficiosas para el dominio de los derechos de las personas con discapacidad; el amparo de sus derechos patrimoniales.¹⁵⁶ Aunque se argumente que estos serían garantizados como consecuencia de la supremacía de la autonomía, de la igualdad ante la ley y de la toma de decisiones apoyada, la práctica jurídica latinoamericana ha mostrado que esa presunción no es *juris et de jure*.

Cuando sucede la restricción de la capacidad jurídica, los bienes patrimoniales tienden a ser rápidamente afectados, a causa de la restricción objetiva que se impone a estas personas, lo que acaba tornando la prestación de servicios financieros imposible.¹⁵⁷ La exclusión financiera quedó evidenciada por *Handicap International* en una investigación de 2005 que demostró, por ejemplo, que menos 0,5 % de las personas con discapacidad tenían acceso al microcrédito en los países en desarrollo.¹⁵⁸ Teniendo en cuenta la prevalencia de este grupo en situación de pobreza,¹⁵⁹ se estima que la inclusión financiera en las instituciones tradicionales sea todavía menor. La imposibilidad de gerencia del patrimonio y finanzas, fortalece los prejuicios sociales sobre la percepción de dependencia y fortalece el animus condescendiente en relación a las personas con discapacidad.

155. Véase Dinerstein, *supra* nota 21, en 1-3 (traducción del autor).

156. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 24, art. 12(5) (destacando la importancia del párrafo 5 y los derechos patrimoniales que le otorga a las personas con discapacidad).

157. Center for Financial Inclusion CFI, *A New Financial Access Frontier: People with Disabilities [Una Nueva Frontera al Acceso Financiero: Personas con Discapacidad]*, 7 (junio 2010) disponible en <http://centerforfinancialinclusionblog.files.wordpress.com/2011/05/a-new-financial-access-frontier-updated-april-2011-final.pdf>.

158. Handicap International Handicap, *Good Practices for the Economic Inclusion of People with Disabilities in Developing Countries [Buenas Prácticas para la Inclusión Económica de las Personas con Discapacidad en Países en Desarrollo]* 37 (agosto 2006) disponible en <http://www.handicap-international.org/uploads/media/goodpractices-GB-2coul.PDF>.

159. *Id.* en 16.

Así, el quinto inciso indica:

[s]in perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.¹⁶⁰

Con el fin de contrarrestar la visión social prevaleciente, el quinto inciso obliga los Estados Partes a adoptar todas las medidas adecuadas y eficaces para garantizar tres derechos específicos: (i) el derecho a poseer y heredar bienes; (ii) el derecho a controlar sus propias finanzas; y (iii) el derecho de acceder a préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero.¹⁶¹ Todos estos derechos deben ser disfrutados en pie de igualdad con las demás personas. Por lo tanto, las presuposiciones acerca de la garantía de los derechos de propiedad de las personas con discapacidad que anteriormente se consideraban establecidas se han convertido en conceptos cuestionables.

Al final del inciso se incluyó otra prohibición explícita que refuerza el derecho a poseer y heredar propiedades, asegurando “que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”¹⁶² La arbitrariedad se verifica cuando la decisión – en regla, judicial – no es justificada ni individualizada. Así sostiene Ricardo Caracciolo, “Una sentencia no justificada es, en rigor, una sentencia arbitraria.”¹⁶³ Así, la parte final del inciso trae una implicación legal directa: se veta la restricción de los derechos patrimoniales previstos en el párrafo si no existe una previa decisión judicial motivada e individualizada.

160. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(5).

161. Véase *generalmente id.* (enumerando los tres derechos garantizados en el párrafo 5 de artículo 12 de la Convención).

162. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *supra* nota 23, art. 12(5).

163. Ricardo Caracciolo, “El Problema de Los Hechos En La Justificación de Sentencias,” 38 ISONOMIA 15 (abril de 2013).

Por lo tanto, rechazar un préstamo a una persona con discapacidad, negarse a abrir una cuenta bancaria en su nombre, no cumplir disposición testamentaria que le beneficia, o denegar el registro de la venta de bienes de su propiedad, todos estos comportamientos, si basados únicamente en la discapacidad, constituyen conductas violadoras del derecho internacional de derechos humanos y suscitan responsabilidad de reparar el daño, además de implicar en sanciones de carácter administrativo y penal.¹⁶⁴

IV. CONSIDERACIONES CONCLUYENTES Y AVANCES EN LATINOAMÉRICA

Concretamente, los nuevos principios y procedimientos del artículo 12 de la Convención se contraponen a los sistemas de toma de decisiones sustituida vigentes en Latinoamérica, los cuales se revelan contrarios a la autonomía de las personas con discapacidad. La antinomia existente en los Estados que ratificaron la Convención, entre el instrumento internacional y sus códigos civiles o legislación nacional, es latente y debe ser prontamente solucionada.

Indudablemente, uno de los criterios fundamentales para la resolución de estas antinomias es la jerarquía normativa. En este sentido, la praxis internacional, tanto en Europa como en los ordenamientos latinoamericanos, ha sido la superposición de las normas internacionales sobre las nacionales. El *jus cogens* internacional hace hincapié en las Américas. Este hecho gana mayor relevancia teniendo en cuenta la masiva ratificación latinoamericana de la Convención: en diciembre de 2014, un total de 26 Estados latinoamericanos y del Caribe habían incorporado el tratado a sus ordenamientos jurídicos.¹⁶⁵

164. Véase VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, GUARDIANSHIP: FINAL REPORT 24 [TUTELA LEGAL: INFORME FINAL 24] 402 (2014) (notando la sanciones por la violación de los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad en la ley de la época victoriana).

165. Véase Status of Signatories as of 9 December 2009 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities [Estatus de Signatarios a partir de 9 de diciembre de 2009 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad], Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Vol. I, Part I, Ch. V, 459-463 disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&lang=en (identificando todos los estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluyendo los 24 estados de América Latina y el Caribe).

En Brasil y México, por ejemplo, reformas constitucionales cambiaron la incorporación sistemática y el estatus de las normas internacionales de derechos humanos. Así, el Derecho Internacional se considera superior al doméstico, y el Derecho Internacional de Derechos Humanos asume una expresa autorización legislativa para sobreponerse a leyes internas.

En el ordenamiento brasileño, la limitación de la capacidad está regulada en los artículos 1.767 a 1.783 del Código Civil de 2002, que rigen la curatela. Este régimen legal viola la esencia teleológica, los principios y las normas de aplicación inmediata del artículo 12 de la Convención. La curatela brasileña es un sistema de toma de decisiones que: sustituye por completo la voluntad y la autonomía de la persona curatelada; no limita la materia objeto de la restricción curatelar; no impone criterios legales referentes a la motivación de la decisión judicial; y ni siquiera impone un límite de tiempo para la vigencia de la medida, tampoco determina una revisión judicial periódica. Este es un modelo “altamente incapacitante, contra la resocialización y no está en línea con las modernas teorías de la rehabilitación psicosocial o los ideales de inclusión de las personas con discapacidad.”¹⁶⁶

De manera perentoria, se puede decir que la Convención deroga el régimen jurídico del Código Civil brasileño frente a la curatela. Cleide Ramos afirma que, en el nuevo paradigma internacional, la sustitución “no es coherente con el modelo de toma de decisiones apoyada, aprobada por la Convención.”¹⁶⁷ La autora opina que el título convencional exige un rediseño completo que:

[p]enetre desde la ruptura con el modelo exclusivamente biomédico, hasta la incorporación de estrategias de rehabilitación basada en la comunidad que se puede difundir a estas personas para ser incluidas en los beneficios sociales, convirtiéndose de manera práctica en sujetos de derechos en igualdad de condiciones con otras personas con acceso a los servicios, tecnologías y bienes sociales.¹⁶⁸

166. Véase Ramos, *supra* nota 35, en 56 (traducción del autor).

167. *Id.*

168. *Id.* (traducción del autor).

Efectivamente, existe una urgente necesidad de rediseñar el capítulo civil de la curatela brasileña.¹⁶⁹ El nuevo paradigma de la autonomía y el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica debe garantizarse también infra-constitucionalmente y para además del amplio texto de la Convención.¹⁷⁰ Las personas con discapacidad deben ser apoyadas en la expresión de su voluntad y en sus preferencias. Los excesos y abusos del poder *curare* deben ser sancionados rigurosamente, bien como el mal uso de los activos, ingresos y beneficios.¹⁷¹ Por otra parte, se considera que las personas con discapacidad deben tener en un papel central en los procedimientos judiciales y no comportarse como meros espectadores.¹⁷²

La necesidad de cambio en Brasil es urgente, particularmente ante la inconstitucionalidad vigente de normas acerca de la curatela. Se denomina inconstitucionalidad porque la Convención fue aprobada según las reglas del tercer párrafo del artículo quinto de la Constitución brasileña, añadido en 2004, que establece la incorporación de tratados de derechos humanos con estatus equivalente a enmiendas constitucionales si se cumplen los procedimientos legislativos para aprobación de enmiendas constitucionales comunes.¹⁷³ De esta manera, se garantiza que el texto de la Convención posea todas las prerrogativas de las normas constitucionales y los beneficios de su jerarquía suprema en el ordenamiento jurídico interno.¹⁷⁴

México en 2011 también logró cambiar su Constitución Federal de manera similar para introducir reglas que garantizan la supremacía a los tratados internacionales de derechos humanos ante las leyes internas, entre estos, la Convención sobre los Derechos de las

169. *Id.*

170. *Id.*

171. *Id.*

172. Véase Ramos, *supra* nota 35, en 56.

173. Véase Antonio Moreira Maués, *Supra-Legality of International Human Rights Treaties and Constitutional Interpretation* [*Supra-Legalidad de los Tratados de Derechos Humanos Internacionales y Interpretación*], 18 INT'L J. HUM. RTS. 205 (2013) (abogando que las normas brasileñas de curatela son inconstitucionales según la interpretación jurídica en el país que los derechos humanos son equivalente a derechos constitucionales).

174. *Id.*

Personas con Discapacidad.¹⁷⁵

Bajo la égida de la revisión judicial jerárquica, que logra avanzar en los demás ordenamientos latinoamericanos, es necesario que todas las normas infra-constitucionales que contradicen los dictámenes internacionales de la autonomía de las personas con discapacidad sean reformadas para que la Convención logre su capacidad real de transformación social.

175. Véase Carlos Cerda Dueñas, *Incorporating International Human Rights Standards in the Wake of the 2011 Reform of the Mexican Constitution: Progress and Limitations* [*Incorporando Normas de Derechos Humanos Internacionales a Raíz de la Reforma del Constitución Mexicana de 2011: Avances y Limitaciones*], 19 INT'L J. HUM. RTS. 37 (2013) (explicando cómo México y Brasil han sido estados ejemplares en integrar tratados de derechos humanos a la ley interna).