



La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad(*)

The complex understanding of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Renato Antonio Constantino Caycho()**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Renata Anahí Bregaglio Lazarte(*)**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El entendimiento de los derechos de las personas con discapacidad se ha visto modificado por la adopción e implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Entre los cambios necesarios para su implementación, resalta el referido a la capacidad jurídica (o capacidad de ejercicio) de las personas con discapacidad. A contracorriente con lo que se registra en la mayor parte de Códigos Civiles de la región, la Convención reconoce que las personas con discapacidad sí pueden tomar decisiones y que su discapacidad no puede ser motivo para privarlos de ese derecho. Para garantizar esto, es necesario que los Estados reconozcan apoyos para la capacidad jurídica que sean vigilados por salvaguardias que eviten abusos, influencia indebida y conflictos de intereses. Este artículo presenta los diferentes debates que se han sucedido a nivel doctrinario con respecto a estas nuevas instituciones que obligan a repensar diversas categorías jurídicas como el acto jurídico y sus causales de anulabilidad y nulidad; el consentimiento informado; o la inimputabilidad.

Palabras clave: Derecho Civil - Derechos Humanos - Discapacidad - Capacidad jurídica - Capacidad de ejercicio - Apoyos - Salvaguardias - Perú

Abstract: The adoption and implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities drastically changed the understanding of the rights of persons with disabilities. The right to legal capacity (or legal agency) of persons with disabilities stands out, among other issues needed for its implementation. The Convention recognizes that persons with disabilities can make decisions and their disability is not ground for denying legal capacity. This goes against what most Civil Codes state in our region. To guarantee said right, it is necessary that States recognize support for legal capacity that are guarded by safeguards. These will prevent abuse, undue influence and conflict of interest. This article presents the different debates that have occurred at the theoretical level regarding these new institutions. Article 12 forces us to rethink several legal terms such as the juridical act and its grounds for voidness and voidability; informed consent or unfitness to plead.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 23 de enero de 2022 y fue aprobado para su publicación el 18 de abril de 2022.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en International Legal Studies por la American University Washington College of Law. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS - PUCP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5721-1541>. Correo electrónico: renato.constantino@pucp.edu.pe.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS - PUCP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>. Correo electrónico: renata.bregaglio@pucp.edu.pe.



Keywords: Civil Law - Human Rights - Disability - Legal capacity - Legal agency - Support - Safeguards

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) revolucionó el entendimiento sobre las personas con discapacidad y cambió las tradicionales visiones de protección y segregación de estas hacia una que consagra su autonomía. Este cambio tiene que ver con el advenimiento y la consagración jurídica del modelo social de la discapacidad en la CDPD (Palacios, p. 2008). Dicho modelo se contrapone a concepciones previas como el modelo de la prescindencia (que plantea que la persona con discapacidad es una carga social y que la respuesta social es su exclusión o eliminación) y el modelo médico (que indica que la persona puede ser integrada a la sociedad siempre que logre rehabilitarse o adaptarse por su cuenta al contexto en que vive) (Palacios, p. 2008). Frente a ellos, el modelo social de la discapacidad reconoce que la discapacidad surge de la interacción entre una deficiencia biológica personal y una barrera social⁽¹⁾. Así, por ejemplo, una persona ciega tiene un problema no por no poder ver sino, porque, la información no está en formatos accesibles.

Gran parte del cambio revolucionario de la CDPD recae en lo que propone el artículo 12 que se titula “Igual reconocimiento como persona ante la ley” y consta de cinco incisos⁽²⁾. El primero de ellos se refiere a la igual personalidad jurídica; es decir, igual capacidad de goce, igual reconocimiento de la persona como persona. Este derecho era ampliamente reconocido en los ordenamientos jurídicos del mundo⁽³⁾, salvo algunas pocas excepciones⁽⁴⁾. El segundo inciso reconoce la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁽⁵⁾. Este es el cambio radical. Las personas con discapacidad, a partir de la CDPD, gozan de capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones que el resto de personas. Los incisos tres y cuatro plantean la necesidad de apoyos y salvaguardias y el inciso cinco reitera la obligación de reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y no excluirlas de la posibilidad de ser propietarios, heredar y contratar.

A partir de dicho artículo, la CDPD plantea que las personas con discapacidad

- (1) De acuerdo con el artículo 1 de la CDPD, “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.
- (2) Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley
 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas
- (3) En el ámbito regional el derecho a la personalidad jurídica se encuentra reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A nivel universal, lo está en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 24 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- (4) A nivel legislativo, una de las pocas excepciones al reconocimiento de este derecho era el derogado artículo 30 del Código Civil de España que señalaba: “Artículo 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Dicha norma fue modificada por la Ley 20/2011, de 21 de julio de 2011.
- (5) Las personas con discapacidad son un colectivo amplio. En este documento, las referencias a personas con discapacidad se refieren principalmente a personas con discapacidad intelectual y personas con discapacidad psicosocial, que son quienes más barreras enfrentan en el ejercicio de su capacidad jurídica.



tienen igual capacidad jurídica que el resto de personas. Así, conceptos como la interdicción, que anula la capacidad jurídica y sustituye la voluntad de las personas con discapacidad de manera perpetua y completa, quedan prohibidos. Más bien, para que este colectivo pueda ejercer sus derechos, los Estados están en la obligación de reconocer e implementar sistemas de apoyo para la toma de decisiones y salvaguardias para evitar abusos en el marco de la relación de apoyos.

Si bien la mayor parte de la doctrina sobre el artículo 12 se ha escrito en inglés y en relación con ordenamientos jurídicos del Norte Global⁽⁶⁾, las legislaciones de América Latina han experimentado importantes reformas para alinearse con su espíritu. Así, por ejemplo, Argentina, en su nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015, reconoce los apoyos para la toma de decisiones. Ese mismo año, Brasil promulgó una reforma legislativa que logró un mayor reconocimiento de la capacidad jurídica para personas con discapacidad. Al año siguiente, en 2016, Costa Rica eliminó la interdicción de su ordenamiento jurídico e implementó un modelo de apoyos para la toma de decisiones. Dos años después, en el 2018, Perú derogó la interdicción para personas con discapacidad y les reconoció derecho a apoyos y salvaguardas. Colombia hizo lo mismo en 2019. También, Chile se encuentra discutiendo un proyecto de ley al respecto. Por otro lado, en el ámbito jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha empezado a abrir la puerta hacia el cambio, pues en setiembre de 2019 resolvió un amparo presentado por un grupo de personas con discapacidad mental a quienes se le negó el derecho a constituir una asociación. En dicha decisión se declaró la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la negación de capacidad jurídica a personas mayores de edad con discapacidad⁽⁷⁾. Finalmente, en España, en mayo de 2021, el Parlamento ha aprobado un proyecto de ley para modificar el Código Civil y otras normas conexas para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁽⁸⁾.

Si bien podría decirse que no todas estas reformas tienen el mismo grado de compatibilidad con el artículo 12, el contexto reclama que en estas latitudes se empiece a discutir académicamente sobre las obligaciones que este artículo impone y qué debe cambiar en los ordenamientos jurídicos naciones de los Estados latinoamericanos para adaptarse a ello. Este texto busca plantear los principales alcances y desafíos que plantea el artículo 12, a efectos de que sirvan

como un insumo para dicho proceso de intercambio.

La primera sección se enfocará en la idea de capacidad jurídica en igualdad de condiciones y los debates sobre la restricción de capacidad jurídica por funcionalidad y sobre la sustitución de la voluntad. En la segunda sección, se abordará el concepto y los tipos de apoyos. En la tercera sección, se explicará el funcionamiento de las salvaguardias y los conceptos asociados como el conflicto de intereses y la influencia indebida. En la cuarta sección, se hará una breve revisión de cómo el artículo 12 puede modificar otros entendimientos en el Derecho. Luego de ello, se presentan unas breves conclusiones.

2. Capacidad jurídica en igualdad de condiciones

El igual reconocimiento de capacidad jurídica para las personas con discapacidad significa que la discapacidad no puede ser motivo para una restricción de la capacidad jurídica. Esta afirmación es de compleja interpretación debido a la amplitud de la definición de discapacidad y la delgada línea que separa la deficiencia de la discapacidad y de condiciones asociadas a esta. La falta de consenso sobre el sentido del término estuvo presente a lo largo de las negociaciones de la CDPD y luego de su adopción (Bregaglio y Constantino, 2020a, pp. 32-37). Años más tarde, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité CDPD), órgano de Naciones Unidas encargado del monitoreo de la CDPD, en su Observación General 1, buscó aclarar su significado. Para ello indicó que existen tres posibles aproximaciones para la restricción de capacidad jurídica vinculadas a la discapacidad: estatus o condición, resultado y funcionalidad (Tabla 1)⁽⁹⁾.

(6) Al respecto, véase Dhanda (2017, pp. 87-88).

(7) Al respecto, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente 702/2018.

(8) El texto del proyecto aprobado se encuentre disponible en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-5.PDF

(9) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014, párr. 15).



Tabla 1: Postura del Comité CDPD sobre métodos para la limitación de la capacidad jurídica

Método	Instrumento de medición	Actor	Opinión del Comité CDPD
Enfoque de la condición (status approach)	Diagnóstico de deficiencia	Médicos y psiquiatras	Discriminatorio en tanto se basa en una opinión médica
Enfoque del resultado (outcome approach)	Opinión de la mayoría	Cualquier operador	Discriminatorio en tanto no respeta la voluntad de la persona
Enfoque funcional (functional approach)	Evaluación del entendimiento	Psicólogos y trabajadores sociales	Discriminatorio porque establece un parámetro de "normalidad" en la toma de decisiones y asume que se puede evaluar el funcionamiento de la mente humana

Citado en Bregaglio y Constantino (2020a)

La restricción por estatus o condición es aquella que opera cuando se restringe la posibilidad de tomar decisiones de una persona por un diagnóstico de discapacidad⁽¹⁰⁾. Esto la hace incompatible con el artículo 12 CDPD, ya que está basada en un diagnóstico, y se asimilaría a un abordaje del modelo médico de la discapacidad⁽¹¹⁾. Así, por ejemplo, no se podría impedir que una persona con esquizofrenia contraiga matrimonio únicamente por tener dicho diagnóstico. No obstante, este es quizás el enfoque de restricción más utilizado en los ordenamientos internos de nuestra región. Así, por ejemplo, el Código Civil de Chile señala en su artículo 1447 que "Son absolutamente incapaces los dementes". El Código Civil de Ecuador, por su parte, dispone en su artículo 478 que "El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos". De igual manera, el artículo 489 del Código Civil de República Dominicana señala que "El mayor de edad

que se encuentre en un estado habitual de imbecilidad, enajenación mental o locura, debe estar sujeto a la interdicción, aunque aquel estado presente intervalos de lucidez".

La restricción por resultado, por su parte, es aquella que permite la limitación de la capacidad de ejercicio en base a si la decisión adoptada por la persona con discapacidad se reputaba como más adecuada en cierta condición⁽¹²⁾. Así, por ejemplo, si una persona con discapacidad intelectual con un cáncer agresivo decidiese someterse a una operación recomendada por el personal de salud, no se cuestionaría su capacidad jurídica, pero esto sí ocurriría si es que esta persona decidiera no operarse. A pesar de que el Comité CDPD no explica claramente por qué se encuentra en contra de este modelo, en nuestro entendimiento, considera que esta aproximación no respeta la voluntad de la persona con discapacidad. Además, resultaría complejo determinar cuál es la decisión correcta para cada caso. En América Latina, podemos ver este modelo en el Código de las Familias y el Proceso Familiar de Bolivia (Ley 603 del 2014), que establece en su artículo 59 que "La interdicción constituye el estado de una persona mayor de edad o menor emancipada con discapacidad mental o psíquica que le impida el cuidado de su persona y la administración de sus bienes". De igual manera, el artículo 413.9 del Código Civil de Honduras dispone que "Están sujetos a curaduría general los que por demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes". Igualmente, el Código Civil de Venezuela establece en su artículo 393 que "El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aunque tengan intervalos lúcidos".

(10) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014, párr. 15).

(11) Si bien el Comité CDPD no desarrolla con detalle en la Observación General 1 los motivos por los cuales esta aproximación es contraria al artículo 12, en el borrador de dicho documento señaló "Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del artículo 12 porque son discriminatorios *prima facie*, ya que permiten imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico". Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013), Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité, CRPD/C/11/4, párr. 21.

(12) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014, párr. 15).



1.1. La funcionalidad como criterio para la atribución o restricción de la capacidad jurídica

Como hemos señalado, la Observación General 1 también abordó la funcionalidad como un criterio para la restricción de la capacidad jurídica. La funcionalidad o la competencia es un concepto que analiza si la persona realmente entiende las implicancias del acto jurídico que va a celebrar. Esto se suele determinar a través de evaluaciones de funcionalidad que deberían estar limitadas a un acto jurídico particular.

El Borrador de la Observación General 1 no desdeñó la posibilidad de utilizar el criterio de funcionalidad para la restricción de la capacidad jurídica. Así, indicó que:

Los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica constituyen una violación del artículo 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad (2018)⁽¹³⁾.

No obstante, esto fue objetado por algunas organizaciones de personas con discapacidad y algunos autores. En la versión final, el Comité decidió proscribir el enfoque funcional por dos razones: por ser “aplicado de manera discriminatoria a personas con discapacidad”⁽¹⁴⁾ y por presumir que “es posible evaluar el proceso interno de toma de decisiones de la mente humana y, si la persona no pasa la evaluación, se le niega un derecho humano básico - el derecho a la igualdad ante la ley”⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, el que el borrador de la Observación General no proscribiese la restricción de capacidad jurídica por enfoque funcional parecía indicar que esta no podía ser considerada discriminatoria, o al menos no en todos los casos. En función de esto, Series y Nilsson han planteado que saber si las evaluaciones de funcionalidad son discriminatorias o no es clave en los debates sobre el artículo 12 CDPD (2018, p. 354).

En el marco de estos debates, para los defensores del enfoque funcional, las evaluaciones de funcionalidad son herramientas neutrales que permiten valorar adecuadamente la capacidad mental de una persona para tomar decisiones específicas (Series y Nilsson, 2018, p. 353). Y si bien la neutralidad de estos tests ha sido puesta en entredicho⁽¹⁶⁾, se le sigue considerando herramientas importantes para la evaluación de la capacidad mental. De hecho, Series plantea que, si bien las valoraciones de capacidad mental pueden ser utilizadas y son utilizadas de manera discriminatoria y desproporcionada, no se puede afirmar que son “*inevitablemente*

discriminatorias o desproporcionadas en todas las circunstancias” (énfasis en el original) (2015). En la misma línea, Martin y otros han planteado que los tests de funcionalidad sí cumplen con lo requerido por la CDPD, más allá de lo de que dice el Comité CDPD (que, recordemos, es solamente una opinión autorizada) (2016). Igualmente, Dawson ha planteado que existen ciertas figuras en el Derecho que parecen requerir un particular funcionamiento de la mente humana: dolo, intención o consentimiento informado, por ejemplo (2015, pp. 70-73).

En contra de esta postura se erige aquella que podemos llamar, siguiendo Series y Nilsson, universalista (2018, p. 365). Así, por ejemplo, Minkowitz⁽¹⁷⁾ y Devandas⁽¹⁸⁾ han negado que el enfoque funcional sea compatible con la CDPD y abogan por no plantear restricciones a la capacidad jurídica que se basen o se relacionen con la discapacidad. Si bien la propuesta resulta atractiva, en nuestra opinión, a la fecha no ha sido posible construir una reforma así.

Una tercera postura que se ha planteado es buscar la creación de ordenamientos “neutrales a la discapacidad” (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017, p. 39). Esta postura plantea que sería posible limitar la capacidad por motivos que no estén relacionados con la discapacidad. Un antecedente de esto se puede encontrar en el documento de Michael Bach y Lana Kerzner (2010). Ellos proponen que la intervención estatal podría darse cuando la persona con discapacidad ha experimentado pérdidas significativas en su patrimonio o que lo ponen en riesgo o a sus dependientes; se ha dañado; ha amenazado con dañarse; o se ha comportado de manera violenta contra otras personas (Bach y Kerzner, 2010, p. 133). Sobre dicha propuesta, Flynn y Arstein-Kerslake proponen que sea el riesgo el factor habilitante para una actuación estatal, sin importar si tiene discapacidad o

(13) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013), Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité, CRPD/C/11/4, párr. 21.

(14) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 15.

(15) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 15.

(16) Al respecto, véase Series (2015).

(17) Al respecto, véase Minkowitz (2013).

(18) Al respecto, véase Devandas (2017), párr. 26.



no (2017, p. 39). Así, por ejemplo, si una persona dejase de comer hasta el punto de poner en riesgo su vida, el Estado tendría que intervenir. Esto sucedería sin importar si el motivo es la anorexia o una huelga de hambre. Si bien esta tercera mirada suena bien en la teoría, sus implicancias prácticas no la alejan mucho de la postura que acepta el enfoque funcional. Esto porque, en la práctica, aquellos supuestos es los que una persona pueda poner en riesgo su vida estarán frecuentemente asociados a una situación de discapacidad. Por esta razón, la postura universalista también ha expresado sus reparos contra esta posición (Minkowitz, 2013, pp. 77 y 81-84). En nuestra opinión, la propuesta del riesgo es atractiva porque logra desvincular la discapacidad de las restricciones de capacidad jurídica o la intervención estatal. No obstante, puesta en práctica, podría ser complejo lograr que realmente se aplique de una manera que no afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad. Para evitar ello, podría ser que se termine expandiendo demasiado o reduciendo excesivamente (según como se mire) las posibilidades de intervención (Series y Nilsson, 2018, p. 355).

En este escenario, el debate estaría centrado en torno a si es posible plantear que para actuar en el Derecho se requiere un entendimiento mínimo del mismo, o si pedir dicho entendimiento resulta discriminatorio en todos los casos. En nuestra mirada, es claro que el Derecho, hoy por hoy, requiere una cierta comprensión de la implicancia de los actos jurídicos, para poder manifestar una voluntad al respecto. El propio Comité CDPD pareciera también reconocerlo, pues en su Observación General 1 planteó que la capacidad jurídica y la capacidad mental son diferentes, y definió a esta última como “la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”⁽¹⁹⁾. Esa diferencia entre personas, podría hacer que, en ciertos momentos, bajo ciertas circunstancias y para ciertos actos jurídicos, cualquier persona (con o sin discapacidad) carezca de capacidad mental para tomar una decisión.

En esa línea, consideramos que la visión que reconoce la capacidad mental, entendida desde la mirada funcional, como un elemento a tomar en cuenta para el reconocimiento

de la capacidad jurídica es la correcta. Son varias (aunque no todas y no todas de la misma manera) las figuras en el Derecho que requieren un cierto entendimiento que debe ser corroborado. Cierta entendimiento no es lo mismo que pleno, total o completo. Esta aproximación lejos de negar el ejercicio de derechos a las personas con discapacidad, permite mantener su capacidad jurídica, incluso cuando no comprenden completamente todos los detalles. Al mismo tiempo, evita ponerlas en riesgo a través de la celebración de actos respecto de los cuales ellas no tendrían ningún nivel de comprensión.

Así, por ejemplo, quien va a manifestar consentimiento médico debe ser informado sobre los alcances del tratamiento y las consecuencias del mismo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que la información que se provee al individuo debe ser “realmente comprendida”⁽²⁰⁾ para un consentimiento pleno. Si bien es posible discutir el nivel de comprensión al que la persona debe llegar, lo cierto es que sí debe tener, como mínimo, un entendimiento básico de los riesgos e implicancias, en especial en casos donde no hay beneficios para la salud como en los casos de donación de un órgano o sometimiento a un ensayo clínico (Bregaglio y Constantino, 2020a).

Esta interpretación no sería contraria con lo que Catalina Devandas, ex Relatora de Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, ha planteado como una de las funciones de los apoyos. En su informe sobre capacidad jurídica planteó que una de ellas es ayudar a la persona con discapacidad a “obtener y entender información” (2017, párr. 161). Algunas de las reformas recientes también plantean tal rol⁽²¹⁾. Así, si el apoyo ayuda a que la

(19) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 13.

(20) Al respecto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 08/03/2018, Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 161.

(21) Artículo 659-B del Código Civil de Perú.

“Definición de apoyos. Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo (...).”

Artículo 47.2 de la Ley 1996 de 2019 de Colombia:

“Acciones de las personas de apoyo. Entre las acciones que pueden adelantar las personas de apoyo para la celebración de actos jurídicos están los siguientes, sin perjuicio de que se establezcan otros adicionales según las necesidades y preferencias de cada persona: (...) 2. Facilitar la comprensión de un determinado acto jurídico a su titular (...).”



persona comprenda la información es porque un cierto nivel de comprensión se requiere para ejecutar un acto jurídico.

En esa línea, consideramos que el modelo funcional no resulta en sí mismo discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Creemos que el Derecho Civil debe dejar de plantear la capacidad jurídica en términos binarios (capaz/incapaz) (Lathrop Gómez, 2022, p. 283) y reconocer un amplio espectro de capacidades y competencias que no están determinadas por la situación de discapacidad.

No obstante, sí resulta necesario plantear ciertos criterios para que su aplicación sea compatible con el artículo 12 de la CDPD. El primero de ellos, por obvio que parezca, consiste en que la restricción no puede estar basada en el diagnóstico de la persona, pues ello sería una restricción por estatus. En esa línea, como segundo criterio debiera atenderse a una evaluación individualizada que no se base solo criterios médicos del desarrollo. Debe ser una evaluación interdisciplinaria que busque analizar el nivel de comprensión de la persona con discapacidad de los elementos del acto jurídico y su relación con la realidad. La finalidad debería ser encontrar las necesidades de apoyo y no solamente las deficiencias cognitivas. De esta manera, se puede brindar la provisión de apoyos para la comprensión de la información. Esto debe realizarse antes de intentar una sustitución de la voluntad. Finalmente, será necesario no aspirar a una comprensión plena, sino diseñar herramientas que establezcan niveles necesarios de comprensión en función del acto jurídico a realizar. Así, por ejemplo, mientras que en el acto de consentimiento médico por donación de órganos debo aspirar a la comprensión de qué implica una operación y sus riesgos, y las consecuencias de vivir sin un riñón, puede haber actos o decisiones donde la falta de entendimiento podría ser inocua, como es el caso de la votación.

1.2. La eliminación de la interdicción como meta⁽²²⁾

Sea cual sea la postura que se adopte en relación con la posibilidad de restringir capacidad jurídica, lo que es cierto es que no pueden existir regímenes que establezcan una negación absoluta de la capacidad jurídica y una sustitución de la voluntad. En su Observación General 1, el Comité CDPD estableció los siguientes criterios para saber cuándo se está frente a un modelo de sustitución de la voluntad:

i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias⁽²³⁾.

Una interpretación conforme al sentido corriente de los términos nos lleva a concluir que para que opere una sustitución de la voluntad deben cumplirse con los tres requisitos de manera conjunta. En la mayoría de países de América Latina, la figura de la interdicción o curatela cumple con estos elementos. A manera de ejemplo, el Código Civil de Bolivia establece que la interdicción está dirigida a aquellas personas mayores de edad con una “discapacidad mental o psíquica que le impida el cuidado de su persona y la administración de sus bienes”, y las priva de toda capacidad para obrar⁽²⁴⁾. A través de la sentencia de interdicción, de acuerdo con el Código de las Familias y el Proceso Familiar de 2014, la persona no puede contratar, testar, recibir herencias por testamento, realizar o recibir donaciones, o ser responsables civiles, entre otros efectos⁽²⁵⁾; se le designa un/a tutor/a según la prelación normativa, y los parientes capaces estarán obligados a desempeñar la tutela⁽²⁶⁾. De igual manera, en Chile, el Código Civil dispone que son absolutamente incapaces no solo las personas con discapacidad mental, sino también las personas con discapacidad sensorial⁽²⁷⁾. La incapacidad supone que la persona no pueda contraer obligaciones civiles⁽²⁸⁾, siendo nulos todos los actos que realice⁽²⁹⁾. Finalmente, en Ecuador, el Código Civil establece en su artículo 1463 que son absolutamente incapaces “los dementes, los

(22) Algunas ideas de esta sección fueron tomadas de Bregaglio y Constantino (2020a).

(23) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 27.

(24) Artículo 59 de la Ley 603 de 2014, Código de las Familias y el Proceso Familiar; artículo 5 del Código Civil.

(25) Artículos 484, 554, 558, 1119, 1121, 1146, 1184, 661, 662, 729, 299 y 989 del Código Civil.

(26) Artículos 59, 65 y 68 de la Ley 603 de 2014, Código de las Familias y el Proceso Familiar.

(27) Artículo 342 y 1447 del Código Civil.

(28) Artículo 1470 del Código Civil.

(29) Artículo 1682 del Código Civil.



impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”. Además, el artículo 478 prescribe que a la persona en “estado habitual de demencia”, se le debe privar de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos, designándose un curador. Esta figura también alcanza a la persona sorda “que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”⁽³⁰⁾.

No obstante, cuatro años después de la adopción de la Observación General 1, el Comité CDPD emitió un *corrigendum* en el que modificó el “y” por un “o”⁽³¹⁾. En tanto la conjunción “o” puede ser interpretada de diversas maneras, podría ser que cada una de las condiciones individualmente sea suficiente para ser una forma de sustitución de la voluntad (Martin y otros, 2016, pp. 63-66).

Esta última interpretación, en nuestra opinión, genera problemas. Aplicado a rajatabla este entendimiento llevaría a que, incluso en casos en los que la persona no pueda emitir ninguna voluntad y requiera una intervención médica, no sería posible que otra persona ejerza la representación, aunque lo haga en base a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, pues se le despojaría de capacidad jurídica para una decisión. Como ya han apuntado Martin y Gurbai, ello no sería lógico⁽³²⁾, y haría prácticamente imposible tomar decisiones en casos de personas que no manifiestan voluntad en relación con estos actos jurídicos. Para esos casos, llamados difíciles, debiera bastar con que la decisión se adopte según “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”⁽³³⁾. Por todo lo anterior, consideramos que el estándar de la Observación General 1 luego del *corrigendum* es impracticable o pernicioso para las propias personas con discapacidad.

2. Los apoyos para la capacidad jurídica

El artículo 12.3 plantea que las personas con discapacidad tienen derecho a los “apoyos para el ejercicio de capacidad jurídica”. Estos pueden ser entendidos como mecanismos para facilitar la voluntad de una persona al momento de tomar una decisión de relevancia jurídica. En ese sentido, sus funciones serán ayudar a “a) obtener y entender información; b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias; c) expresar y comunicar una decisión;

y/o d) ejecutar una decisión” (Devandas, 2017, p. 41). En esta tarea, sin dudas, los apoyos podrán también fungir de medidas de accesibilidad o ajustes razonables⁽³⁴⁾. Así, si las personas con discapacidad tienen sistemas de comunicación alternativa manejados por quien es apoyo, este podría ser quien traduzca la información a la persona con discapacidad y quien comunique su voluntad a terceros. De la misma manera, las personas podrían requerir entornos de comunicación accesible para recibir la información y formular una voluntad a partir de ello. No obstante, en nuestra opinión, esta es una función accesorio del apoyo, dado que su principal función estará en ayudar a la persona a formular su voluntad. Es decir, las medidas comunicacionales generales (intérpretes) debieran entenderse como medidas de accesibilidad, mientras que las de índole particular (personas que han desarrollado un único sistema de comunicación con la persona) sí entrarían en lo que Dinerstein denomina “apoyo para la toma de decisiones” (*supported decision-making*). De acuerdo con el autor, estos consisten en “una serie de relaciones, prácticas, arreglos y acuerdos, de más o menos formalidad e intensidad, diseñados para ayudar a una persona con discapacidad a tomar y comunicar a otros[,] decisiones sobre la vida de la persona” (Dinerstein, 2012). Es decir, la persona con discapacidad toma la decisión luego de haber pasado por un proceso en el cual diferentes personas lo han ayudado a formular o a precisar su decisión.

Al respecto, resulta útil la clasificación propuesta por la profesora Dagmar Brosey⁽³⁵⁾, quien plantea que, en general, el proceso para que una persona tome una decisión jurídicamente vinculante consta de varios pasos, que ella denomina “cadena de decisiones” (Gráfico 1). Primero se tiene un deseo, una voluntad o una preferencia, llamémoslo de distintas maneras. Así, por

(30) Artículo 490 del Código Civil.

(31) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018).

(32) Al respecto, véase Martin y Gurbai (2019), pp.117-119.

(33) Ver Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) párr. 21.

(34) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) párr. 17.

(35) Al respecto, véase Brosey (2020).



ejemplo, alguien puede desear comprar un automóvil luego de ver una publicidad en televisión. Luego, de un periodo (de duración variable) de ponderación, evaluación y análisis, el deseo se vuelve una decisión: la persona va a comprar un auto nuevo. Posteriormente, la decisión debe ser expresada y transmitida a terceros (por ejemplo, ingresando a una tienda de autos y comunicando la voluntad de comprar un auto). Finalmente, esta voluntad se plasmará en un contrato, que es un instrumento jurídicamente vinculante.

Gráfico 1
Cadena de decisiones para la toma de una decisión jurídicamente vinculante

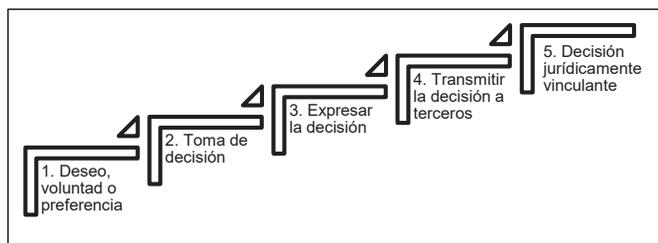


Figura tomada de Brosey (2020)

Tomando este esquema, los apoyos no deberían intervenir en el paso 1, modificando los deseos o preferencias de la persona con discapacidad, pues eso sería influencia indebida. Más bien, deberían ayudar a que la persona tome la decisión que corresponde con dicha voluntad o preferencia (paso 2), y sin duda podrían participar también en los pasos 3 y 4 si es que fungen como medidas de accesibilidad o ajustes razonables.

Por otro lado, el apoyo debe estar disponible para las personas que lo requieran; basarse en la voluntad, no en un interés superior objetivo; debe contar con un reconocimiento jurídico, una forma de comprobación de la identidad y la posibilidad de impugnar la actuación de quienes prestan el apoyo⁽³⁶⁾. Adicionalmente, la necesidad o utilización de un apoyo no debe ser excusa para limitar algún derecho de la persona con discapacidad. Por último, la persona con discapacidad tiene derecho a acabar el apoyo en el momento que desee⁽³⁷⁾.

2.1. Experiencias de apoyos en el mundo

Debido a que el artículo 12 no planteó un único modelo de apoyos, en el mundo se han ido gestando (con mayor o

menor formalización jurídica) diferentes modelos. Así, podemos mencionar el *personal ombudsman*⁽³⁸⁾: una figura sueca en la que se genera una relación de confianza entre un profesional y una persona con discapacidad y, a través de ella, la persona con discapacidad puede tomar decisiones. El *personal ombudsman* actúa bajo el requerimiento expreso de la persona con discapacidad. Puede ayudar con trámites, como el conseguir una pensión; con situaciones complejas, como mejorar las relaciones familiares; o simplemente conversar con la persona con discapacidad. Esta relación es confidencial y puede tomar varios meses en construirse.

En varias provincias canadienses, por su parte, existe desde el 2000, un modelo de la co-decisión donde una persona es nombrada por un tribunal para ayudar a una persona con discapacidad. Así, la persona designada tiene que dar su aquiescencia a las decisiones de la persona con discapacidad si estas son las que una persona razonable hubiese realizado y si no generan daño a su persona o patrimonio; y, finalmente, debe tratar de interferir lo menos posible en la vida de la persona con discapacidad y alentarla a actuar de manera independiente cuando pueda (Birmingham, 2009, pp. 38, 137-138).

Asimismo, aunque no necesariamente con reconocimiento jurídico, existe el *peer support* o apoyo de pares⁽³⁹⁾, donde las personas con discapacidad reciben ayuda de otras personas con experiencias de discapacidad similares, por ejemplo en materia de salud mental (Mental Health Foundation, 2020). Estas medidas pueden ser criticadas desde el modelo de la discapacidad, pues muchas de ellas parten de un presupuesto de restricción a la capacidad jurídica por estatus o resultado. Sin embargo, resulta importante mencionarlas como esfuerzos de reconocer ciertos niveles de autonomía a las personas con discapacidad, incluso desde antes de la entrada en vigor de la CDPD.

(36) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 29.a.

(37) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 29.g.

(38) Al respect, véase World Health Organization y World Bank (Ed.) (2011), p. 138.

(39) Al respecto, véase Shalaby y Agyapong (2020). which in recent years has been successfully closed through the adoption of peer support services (PSSs)



En Latinoamérica, Argentina restringió el uso de la curatela a personas con discapacidad en su nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015, y reconoció apoyos para la toma de decisiones, aunque estos estarán reservados para personas con capacidad jurídica restringida mediante sentencia judicial⁽⁴⁰⁾. No existe, sin embargo, la posibilidad de solicitar apoyos facultativos. En ese sentido, incluso con la consideración de supuestos de restricción de capacidad, la reforma argentina transita de un modelo de sustitución de la voluntad a uno de apoyo en la toma de decisiones⁽⁴¹⁾, aunque no se alinea completamente al modelo de la CDPD.

Brasil, por su parte, promulgó en 2015 una reforma legislativa que restringió la curatela a “aquellos que, por una causa temporal o permanente, no pueden expresar su voluntad”, y estableció un sistema de apoyos y salvaguardias (Bezerra de Menezes, 2016). De acuerdo con el Código Civil, la toma de decisiones con apoyo es un proceso a través del cual una persona con discapacidad elige al menos a dos personas de confianza para que la ayuden a tomar decisiones sobre actos de la vida civil. Estos apoyos deben proporcionar a la persona los elementos y la información necesarios para que puedan ejercer su capacidad. La designación de apoyos será hecha a pedido de la propia persona con discapacidad en vía judicial⁽⁴²⁾. El apoyo no reemplaza la voluntad de la persona, solo le brinda herramientas para que esta persona la formule. Sin embargo, en el caso de una transacción que puede “generar riesgos o prejuicios significativos”, la norma señala que, si existe divergencia de opinión entre la persona con apoyos y uno de los apoyos, el juez decidirá sobre el particular, luego de pedir opinión al Ministerio Público. En sus observaciones finales de 2015, el Comité CDPD manifestó su preocupación por que se mantenga un sistema de sustitución de la voluntad y por qué la designación de apoyos dependa de autorización judicial⁽⁴³⁾.

En 2016, Costa Rica adoptó la Ley 9379 de 2016 que eliminó la interdicción de su ordenamiento jurídico e implementó un modelo de apoyos para la toma de decisiones. Dicha norma tiene como objetivo promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal. Para ello establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, definido en su artículo 3 como persona que asegura “el goce pleno del derecho a la igualdad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial” y “le garantiza la titularidad y el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones”.

Las funciones del garante parecieran ser las del apoyo, aunque en nuestra opinión la norma resulta confusa porque no queda completamente claro que el rol del apoyo no sea la sustitución de la voluntad. El artículo 11 establece como obligación del garante, entre otras, “no actuar, sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona con discapacidad”. Esto hace pensar que, al menos en determinados supuestos, será el garante quien manifieste la voluntad y no la persona con discapacidad, pero sin que los supuestos estén claramente definidos. Además, el reglamento de la norma, dado por Decreto Ejecutivo 41087 ya no habla solo del garante, sino también de apoyos para la capacidad jurídica. Es particularmente importante mencionar al artículo 8 del mismo, en donde se plantean los “niveles de intensidad de los apoyos” y se señala que, en función del nivel de conciencia de la persona con discapacidad, el juez determinará el nivel de intensidad del apoyo (leve, moderado e intenso). No obstante, no se establecen supuestos claros para designar cada uno de estos apoyos, y tampoco se señalan las funciones del apoyo intenso. Solo se dice que el apoyo leve orientará y que el apoyo moderado, por ejemplo, implicaría la firma conjunta de documentos ante notario.

Dos años después, en el 2018, Perú derogó la interdicción para personas con discapacidad y les reconoció derecho a apoyos y salvaguardas. Cabe resaltar que el sistema de interdicción se mantiene para casos de capacidad restringida establecida para personas toxicómanas, ebrios habituales, entre otros⁽⁴⁴⁾. A partir de esta modificación, la actual legislación civil peruana no contiene alguna norma que restrinja la capacidad jurídica por motivos de discapacidad. De acuerdo con el artículo 659-B Código Civil, las personas con discapacidad pueden acceder a los apoyos facultativos para la toma de decisiones de acuerdo con sus preferencias y voluntad. El juez solo podrá designar apoyos

(40) Artículo 32 del Código Civil de Argentina.

(41) Al respecto, véase Kraut y Palacios (2014).

(42) Artículo 1783-A del Código Civil de Brasil.

(43) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015a), párr. 24.

(44) Artículo 44 del Código Civil de Perú.



obligatorios para aquellas personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad⁽⁴⁵⁾. Es importante señalar que la no manifestación de la voluntad solo se configura luego de haberse realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de haberse prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y solo cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. Es decir, la medida debe ser de *ultima ratio* y no podrá ser como mecanismo masivo de privación de capacidad. Esta reforma en capacidad jurídica ha sido considerada una de las más ambiciosas del mundo⁽⁴⁶⁾.

Finalmente, en 2019, Colombia reformó su Código Civil con la adopción de la Ley 1996 de 2019. Dicha reforma eliminó la interdicción e incapacidad por discapacidad, estableciendo un sistema de apoyos y salvaguardias. Los apoyos pueden ser designados de manera voluntaria (mediante un acuerdo notarial⁽⁴⁷⁾, conciliación extrajudicial⁽⁴⁸⁾ o en vía judicial⁽⁴⁹⁾). También pueden ser designados en la modalidad de directivas anticipadas⁽⁵⁰⁾, y pueden ser designados de manera obligatoria por un juez cuando la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad y preferencias, y exista riesgo de vulneración a sus derechos⁽⁵¹⁾.

Si bien las directivas anticipadas no están prohibidas en general en las legislaciones civiles, resulta interesante que la reforma colombiana las haya visibilizado como una medida de apoyo. Sin embargo, el uso de estas directivas no está libre de debates. Este y otros aspectos problemáticos de la implementación de los apoyos serán analizados en el siguiente acápite.

2.2. Aspectos controversiales en la regulación de apoyos

A partir de una mirada comparada de los apoyos, en nuestra opinión, existen tres aspectos problemáticos. El primero tiene que ver con las posibilidades de designar un apoyo de manera obligatoria respecto de una persona con discapacidad. El segundo con el rol del apoyo en la celebración de los actos jurídicos. Finalmente, el tercero es la determinación de la voluntad cuando existe más de una aparente expresión de ella.

2.2.1. La designación obligatoria de apoyos

En relación con el primer aspecto, desde un paradigma universalista, es claro que la decisión de usar o no un apoyo

es totalmente libre. No obstante, desde un enfoque de la funcionalidad, si se llega a determinar que una persona necesita un apoyo para la realización de cierto acto jurídico, parecería razonable autorizar su activación.

En este escenario se abren dos posibilidades. La primera es que la persona no esté en posibilidad de manifestar voluntad en relación con el acto jurídico que debe ser realizado (por ejemplo, la disposición de un patrimonio o un consentimiento médico). En este escenario, verificado los supuestos de necesidad debería corresponder la designación de un apoyo. Lo importante en este supuesto será definir los criterios para la designación del apoyo, pues debiera tratarse de alguien que conozca la voluntad y preferencias de la persona. Este sería el caso de la legislación peruana y colombiana, prevista en los artículos 659-E Código Civil y 38 de la Ley 1996 de 2019, respectivamente.

La segunda posibilidad es que la persona sí comunique voluntad y se oponga a la designación del apoyo. En este supuesto, es importante recordar que de acuerdo con la Observación General 1, el apoyo no debe usarse como justificación para la denegación de un derecho y existe derecho a rechazar el apoyo o poner fin a la relación en cualquier momento⁽⁵²⁾. Por ello, como regla general se debe respetar la idea de rechazar un apoyo. Sin embargo, si una persona rechazara utilizar un apoyo y luego contratase sin haber entendido los términos del contrato, ¿correspondería plantear que hubo un vicio de la voluntad que se hubiese evitado con el apoyo? Si se admitiese la posibilidad de impugnar el acto, se generaría un desincentivo para la contratación con personas con discapacidad que no tengan apoyo, pues resultarían objetivamente más riesgosas. Por otro lado, si no se aceptase la

(45) Artículo 659-E del Código Civil de Perú.

(46) Al respecto, véase Minkowitz (2018) y Martínez-Pujalte (2019).2018

(47) Artículo 16 de la Ley 1996 de 2019.

(48) Artículo 17 de la Ley 1996 de 2019.

(49) Artículo 32 de la Ley 1996 de 2019.

(50) Artículo 21 de la Ley 1996 de 2019.

(51) Artículo 38 de la Ley 1996 de 2019.

(52) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 29 incisos f y g.



impugnación del acto, significaría que se acepta que personas con discapacidad se obliguen a términos que podrían ser abusivos o desconocidos para ellos. Si bien se puede aceptar la idea de dignidad del riesgo⁽⁵³⁾, ello no puede avalar el abuso.

En nuestra opinión, apelando a un uso adecuado del criterio de funcionalidad, tal como fue descrito en el primer acápite de este texto, resultaría razonable designar a un apoyo obligatorio cuando la persona tiene la imperiosa necesidad de actuar en el Derecho y no puede comprender la naturaleza del acto. Esto, creemos, se condice con lo que el propio Comité ha manifestado respecto a que los apoyos pueden variar en intensidad⁽⁵⁴⁾.

Desde nuestra perspectiva, si bien quien adoptará materialmente la decisión será el apoyo, ninguna de estas dos situaciones debería entenderse como sustituciones de la voluntad⁽⁵⁵⁾ contrarias al artículo 12. O bien la persona no había manifestado previamente una voluntad respecto del acto jurídico en cuestión, en cuyo caso no estaremos ante una “sustitución” de la voluntad, sino ante la “formulación” de una⁽⁵⁶⁾; o bien, la voluntad que se exprese se basará en la voluntad y preferencias de la persona y no en su mejor interés⁽⁵⁷⁾.

2.2.2. El rol de los apoyos en los actos jurídicos

La segunda cuestión a analizar es si una vez establecido el apoyo su uso es potestativo u obligatorio. Sin duda pareciera que, si la persona con discapacidad puede finalizar la relación con el apoyo en cualquier momento, también puede decidir utilizarlo libremente en los actos jurídicos que celebre. Sin embargo, también podría entenderse que la libertad de finalizar el apoyo debe respetar ciertas garantías de un procedimiento administrativo o un proceso legal en aras de la seguridad jurídica. En ese sentido, la normativa colombiana recientemente aprobada señala que la persona que brinda apoyos debe proveerlos en todo acto jurídico que practique la persona con discapacidad y que ello es un requisito para la validez del acto jurídico⁽⁵⁸⁾.

Sin ánimo de cerrar una discusión que debe expandirse, es necesario que se introduzca la dinámica del apoyo en la teoría del acto o negocio jurídico. Así, habría que debatir cuál es el rol del apoyo en la capacidad jurídica de la persona con

discapacidad (Constantino Caycho, 2020, p. 176). Por un lado, si el apoyo es determinante para el ejercicio de capacidad jurídica, una solución podría ser plantear la nulidad del acto que se realiza sin apoyo. Por otro lado, se podría optar por la anulabilidad si se considera que la falta del apoyo conlleva no una falta de voluntad sino una voluntad viciada.

2.2.3. Las Directivas anticipadas

Las directivas autorrestringidas (*self binding*) o directivas Ulises (referencia a cómo Ulises enfrenta a las sirenas en su viaje a Ítaca y, para no ser seducido por su canto y arrojarse al mar, ordena a su tripulación que lo amarre al mástil de forma que pueda oír las instrucciones sin hacerse daño) son designaciones que hacen las personas presumiendo que pueden perder ciertas capacidades cognitivas a futuro y buscan que prevalezca la decisión que se toma en el presente y no la que se pueda decir en ese momento. A través de estas, la persona podría dejar indicado qué quiere que pase en ciertas condiciones.

En principio, esto suena muy útil: si la persona cree que va a perder su capacidad mental, sería mejor plantear claramente qué desea a futuro. Sin embargo, la cuestión que surge es si una persona con discapacidad que emite dichas directivas en ejercicio de su capacidad jurídica puede plantear ciertos límites para sí misma, o si al anticipar una situación estarían invalidando una voluntad sobrevenida. Pongamos un ejemplo⁽⁵⁹⁾. Una mujer con bipolaridad tiene un patrón frecuente de episodios de manía. Estos duran entre dos y cuatro semanas y usualmente cuando inicia ella duerme poco, tiene mucha energía, se comporta de una forma caótica,

(53) Al respecto, véase Gooding (2013), pp. 431, 435-436.

(54) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr.17.

(55) Al respecto, véase Martin y otros (2016).

(56) Al respecto, véase Bregaglio y Constantino (2020a).

(57) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 21.

(58) El texto del artículo 19 de la Ley 1996 de 26 de agosto de 2019 de Colombia señala: “Acuerdos de apoyo como requisito de validez para la realización de actos jurídicos.

La persona titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo de apoyos vigente para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlos, al momento de la celebración de dichos actos jurídicos, como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados por el acuerdo de apoyos, sin hacer uso de los apoyos allí estipulados, ello será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil. (...)”.

(59) Adaptado de Gergel y Martin (2020).



gasta excesivamente su dinero y comienza a tener rasgos de hipersexualidad. En líneas generales, disfruta este periodo y lo reconoce como parte de su identidad. No obstante, hacia la tercera o cuarta semana el patrón cambia. Se incrementa la manía y ella empieza a experimentar psicosis y paranoia y en varias oportunidades ha intentado lastimarse. Esto ya no le gusta y se siente alienada frente a dichas acciones. Para evitar esto, realiza una directiva anticipada para que cuando esté en las primeras semanas del episodio se le ofrezca un tratamiento psiquiátrico, pero se actúe según su voluntad del momento. No obstante, si el episodio recrudece solicita que se le imponga el tratamiento, aunque ella se niegue en ese momento.

En este caso, ¿podría la mujer anular sus directivas en el momento en que deben ser aplicadas? ¿Puede la mujer solicitar que no la internen, aunque esté en la segunda fase de su episodio? ¿Debemos asumir que su cambio de opción forma parte de su ejercicio a la capacidad jurídica o aplicar un criterio funcional para ver su grado de comprensión sobre la situación? ¿Qué voluntad debe prevalecer? ¿Las dos son igual de válidas?

El debate sin duda es complejo. Ronald Dworkin, aceptando la funcionalidad como criterio determinante, planteó que debe prevalecer la voluntad del individuo “autónomo” (1994). No obstante, el Comité CDPD en su Observación General 1 rechazó toda restricción por funcionalidad o competencia e indicó que la aplicación de la directiva debe basarse en su texto y no en una evaluación de funcionalidad⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, en la misma Observación General señaló que el “momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva”⁽⁶¹⁾. Esto pareciera indicar que existe una prevalencia de la voluntad anterior por sobre lo que se pueda manifestar después, lo que pareciera asemejarse a un criterio de funcionalidad, aunque no se determine por pruebas, sino que sea la propia experiencia de la persona la que la establezca.

Frente a esto, Dresser defiende que las identidades de los sujetos son distintas. El sujeto que da la directiva avanzada no es el mismo sujeto sobre el que se va a aplicar (Dresser, 1982, p. 777). Por tanto, no corresponde que esa primera persona decida lo que le pasa a la segunda. Esto podría ser clave con respecto a los ejemplos que hemos planteado. Podría ser que, en el caso, la mujer tiene derecho a auto restringirse en tanto se reconoce una continuidad entre sus crisis y sus momentos fuera de ellas. En cambio, en otros casos, como los de deterioro cognitivo, no existe la misma continuidad, por lo que, bajo esa premisa, no debería exigirse la aplicación de la directiva.

Por su parte, Gergel y Owen han planteado seis elementos para la aplicación de directivas Ulises en personas con bipolaridad, que podrían extrapolarse para otras situaciones (2015, p. 92). En primer lugar, se debe evaluar la capacidad de la persona. Esta evaluación debe verificar que existe una capacidad para ponderar necesidades médicas futuras, debe efectuarse libre de coerción y con información cierta de profesionales capacitados o de sus propias experiencias, lo que en nuestra opinión nos lleva a un mirada funcional o competencial. En segundo lugar, debe haber autoidentificación de los comportamientos relacionados con episodios de manía que pueden generar daño. En tercer lugar, debe haber un procedimiento claro ante los episodios de manía: ofrecimiento voluntario de tratamiento; si ello no funciona, se pasaría a evaluar la capacidad; luego, si la evaluación indica que carece de capacidad para consentir el tratamiento, se aplicaría lo que dice la directiva. El cuarto elemento es el seguimiento de la directiva. Ella puede indicar cierto tiempo de espera para el inicio de una tratamiento o tratamientos preferidos. El quinto elemento es que esta documentación esté claramente establecida en un documento formalizado. Finalmente, el sexto elemento es que sí existe la posibilidad de revocar la directiva, si acaso la persona tiene capacidad para consentir el tratamiento.

La aplicación de directivas Ulises nos lleva a pensar que existen momentos en los que lo que se expresa no es realmente una voluntad. Es posible discrepar en cuál será el criterio para determinar cuándo un acto no es realmente una voluntad: podría ser a través de un test de funcionalidad o de la propia voluntad de la persona. Este no es un debate sencillo y requiere reformular muchos entendimientos sobre personalidad, libertad, autonomía y voluntad. Al respecto, será particularmente importante entender la noción de salvaguardias que se desarrollará a continuación.

(60) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 17.

(61) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 17.



3. Salvaguardias⁽⁶²⁾

El artículo 12.4 es probablemente el artículo más oscuro de la CDPD. Lamentablemente, el Comité CDPD, en su Observación General 1, no dio una ruta clara acerca de cómo interpretar el contenido de la norma, por lo que la mayoría de los desarrollos se han dado a nivel doctrinario. Al respecto, Martin y otros identifican seis características distintivas de las salvaguardias⁽⁶³⁾: (i) tienen como finalidad prevenir el abuso; (ii) deben tener el plazo más corto posible; (iii) ser revisadas periódicamente; (iv) proporcionales; (v) efectivas; y, (vi) plurales.

A partir de esto, se desprende que las medidas de salvaguardias estarían orientadas a proteger a la persona con discapacidad frente a abusos cuando estas ejerzan su capacidad jurídica. Si bien los alcances y características de esta protección no están claramente determinados, lo cierto es que hablar de medidas de protección surge inevitablemente la pregunta acerca de si estamos ante posibles limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica. Esto estaría alineado con uno de los objetivos del artículo 12.4: el respeto de “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”. Si bien el Comité CDPD ha cortado, en ocasiones, la frase, planteando que se debe respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad⁽⁶⁴⁾, no debemos olvidar que la norma también plantea la necesidad de proteger los derechos, y desde un enfoque de protección se podría pensar que estas medidas podrían ser pertinentes, aunque la persona con discapacidad no anticipe su necesidad o, incluso, las rechace.

Esta interpretación de las salvaguardias sería también consistente con la característica de la “proporcionalidad” prevista en el artículo 12.4. Si las salvaguardias deben ser proporcionales, quiere decir que se podrán hacer inferencias. Es decir, plantear una noción de proporcionalidad implica plantear que se pueden realizar intervenciones, incluso contra la voluntad de la persona para salvaguardar sus derechos (Szmukler, 2017, pp. 90, 95). De acuerdo con Martin y otros, esto significa que la autonomía podría no ser siempre el valor o derecho prevalente (2016, p. 39).

A partir de lo anterior, consideramos que la conveniencia de las salvaguardias debe ser siempre evaluada en el marco de una relación de apoyos, e incluso (como veremos a continuación) en el ámbito del ejercicio de capacidad jurídica sin apoyos. Estas salvaguardias deben adoptarse según sean necesarias, no solamente tomando en consideración si la persona con discapacidad las desea. Por ello, a nuestro entender, es un

error que legislaciones como la peruana establezca que en las designaciones de apoyos facultativos (judiciales y notariales) solo se deben adoptar las salvaguardias que la persona con discapacidad determine (con excepción del plazo de revisión que aplica solo para designaciones judiciales)⁽⁶⁵⁾.

A partir de lo anterior, podríamos concluir que el artículo 12.4 plantea una postura media entre la postura universalista vista en el acápite 2 (aquella que no admitiría ningún tipo de restricción al ejercicio de capacidad jurídica) y otras que plantean que restricción de la capacidad jurídica se justifica en ciertos supuestos (Series y Nilsson, 2018, p. 368). En nuestra opinión, la posibilidad de actuar contra la voluntad de la persona debe ser muy limitada y actuar, principalmente (aunque no de manera exclusiva), en los casos explícitos que plantea el párrafo 12.4 CDPD: la influencia indebida y el conflicto de intereses. A continuación, analizaremos estos supuestos.

3.1. La influencia indebida

El término influencia indebida no ha sido realmente trabajado en el Derecho Civil continental. Más bien, el término parece provenir del *Common Law*, donde la doctrina define la influencia indebida como el uso de cualquier acto de persuasión para superar el libre albedrío y el juicio de otra persona (Lehman y Phelps, 2005). A manera de ejemplo, el Código de Bienestar e Instituciones de California, Estados Unidos, establece cuatro elementos que deben considerarse al momento de analizar si existió influencia indebida: (i) vulnerabilidad de la víctima; (ii) la autoridad aparente del autor; (iii) las acciones o tácticas utilizadas por el autor; y, (iv) la equidad del resultado⁽⁶⁶⁾.

A partir de lo anterior, podemos plantear dos elementos claves al momento de analizar la influencia indebida: (i) se parte de una situación de desigualdad o poder entre quien

(62) Esta sección se basa en algunas ideas planteadas previamente en Constantino (2020), pp. 168,173-175.

(63) Al respecto, véase Martin et al. (2016), p. 38.

(64) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 17, 21, 26, 27.

(65) Artículo 659-G del Código Civil de Perú.

(66) Sección 15610.70 del Código de Bienestar e Instituciones de California.



la persona que la ejerce y la persona que es influenciada; y, (ii) el estándar de influencia indebida no es único, sino contextual: debe atenderse a la situación de la persona sobre quien se ejerce la acción y la manera como esta impactó en ella. Esto es particularmente relevante en materia de discapacidad, pues la persona con una deficiencia mental podría ser más susceptibles de ser influenciadas y de realizar actos que no se condicen con su voluntad “auténtica”. Además, varias de ellas viven en contextos de dependencia que los pueden poner en mayor vulnerabilidad.

Pongamos un ejemplo para retratar lo difícil de este asunto. Vanessa es una mujer con discapacidad intelectual. Acaba de cumplir 18 años. Su padre la abandonó cuando tenía 3 y han mantenido una relación muy irregular: casi nunca la visitaba, hubo varios cumpleaños sin regalos y algunas Navidades sin llamadas telefónicas. La madre de Vanessa la crió sola, casi sin ninguna ayuda. Vanessa fue incluida en un colegio y sabe leer y escribir bien. Si bien hubo proceso de alimentos donde se estableció un monto mensual, el padre de Vanessa pagó solamente tres meses. Por ello, la madre de Vanessa le ha dicho que sería conveniente que inicie un juicio de alimentos por los montos adeudados. Vanessa inició el proceso de alimentos no pagados. Luego del proceso de seis meses, el juez establece que la deuda equivale a 6 mil dólares. Luego de la sentencia, el padre de Vanessa la llama y le pide una reunión. Desde entonces, han almorzado juntos todos los fines de semana. Dos meses después, el abogado del padre ingresa un documento firmado por Vanessa donde ella condona la parte de la deuda: mil dólares. La madre se entera e ingresa un escrito pidiendo la nulidad de esa condonación porque el padre ejerció influencia indebida.

Son varios los asuntos a tratar en este caso. El primero de ellos tiene que ver con el alcance de las salvaguardias: ¿quiénes están obligados a no ejercer influencia indebida? De acuerdo con el artículo 12.4, las medidas de salvaguardias se aplican “en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”. ¿Es esta una obligación que corresponde a quienes son designados como apoyos? ¿Aplica también a quienes realicen actos jurídicos con personas con discapacidad? ¿O es esta una obligación general para quienes interactúen con personas con discapacidad? En nuestra opinión, y a partir del ejemplo dado, consideramos que debería buscarse una interpretación extensiva. No deben realizar influencia indebida quienes han sido designados apoyos, así como quienes contraten o celebren actos jurídicos con personas con discapacidad, pero tampoco deben realizarlo personas que podrían verse beneficiadas de la decisión de la persona, o que (incluso actuando de buena fe) podrían querer que la persona tome una decisión no deseada por ella.

Un segundo problema es identificar qué situaciones configurarían influencia indebida. Para ello nos parece útil el “espectro de presiones de tratamiento” acuñado por George

Szmukler (2018, p. 151). A pesar de que las categorías que componen este espectro fueron propuestas originalmente para el tratamiento médico, resulta bastante útil para otro tipo de ámbitos jurídicos. Así, las diferentes acciones que pueden ser ejercidas para presionar a una persona frente a un tratamiento médico son: persuasión, influencia interpersonal, incentivo, amenazas y coacción. Dado que la coacción y las amenazas justificarían la anulación del acto jurídico por sí mismas, no es necesario abordarlas respecto de la influencia indebida. Sin embargo, los tres elementos restantes deben ser analizados cuidadosamente.

La persuasión va más allá de la información de los hechos e intenta “apelar a la razón (y en cierta medida a las emociones)” (Szmukler, 2017, p. 154). Sin embargo, también es parte de las relaciones humanas comunes. Por lo general, queremos convencer a los demás a nuestro alrededor de que lo que creemos que es correcto y que deben seguir nuestros consejos. La influencia interpersonal, por su parte, significa usar una relación como fuente de presión (Szmukler, 2017, p. 155). Comentarios como “si no haces esto, estaré muy triste” y las acciones que reflejan la misma intención equivaldrían a una influencia interpersonal. Por último, los incentivos (ofrecimientos a cambio de una acción) generarían que el acto realizado no refleje la verdadera voluntad de la persona. No obstante, esto no lo convierte inmediatamente en una influencia indebida: las personas sin discapacidad también cambian sus opiniones todo el tiempo y los incentivos son parte de la vida diaria (como en las ofertas comerciales).

En los tres casos, podríamos decir que, *prima facie*, por sí solos y en un momento determinado no equivalen a influencia indebida. Sin embargo, si se conciben como parte de una estrategia diseñada a quebrar la voluntad de la persona con discapacidad, de manera constante y consistente o, aprovechando posiciones de poder, sí serían situaciones de influencia indebida.

Ahora bien, en el ejemplo planteado, no parece haber una voluntad viciada. Incluso si hubiese sido voluntad del padre buscar



la condonación de la deuda, Vanessa decide hacer eso solamente con una parte de ella. En ese sentido, no pareciera correcto pensar que se está frente a un caso de influencia indebida.

Un tercer aspecto a analizar es cuándo la influencia indebida debe ser motivo de anulación o nulidad del acto jurídico. En el caso que estamos trabajando, ello tendría que ver con si el juez debe o no anular la condonación de deuda que ha realizado Vanessa. En nuestra opinión, para pedir la nulidad la influencia indebida debe dañar los derechos de la persona⁽⁶⁷⁾. Esta propuesta se basa en el caso de *Strickland v. Washington*. En dicho caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó los elementos que debían demostrarse para acreditar que un servicio de asistencia legal habría sido tan defectuoso que generase la nulidad del juicio. De acuerdo con la Corte, además de demostrar el deficiente desempeño del abogado, era necesario que se demostrase “que el desempeño deficiente perjudicó la defensa” (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1984)⁽⁶⁸⁾. Así, para el caso propuesto, para que la influencia indebida sea motivo de anulación, debe cumplir con generar un daño real y grave a los derechos de la persona con discapacidad, que supere su derecho a asumir riesgos. Esto cumpliría con la finalidad del artículo 12.4 de proteger la voluntad y las preferencias, pero también sus derechos. La razón para hacer esto es establecer un estándar alto para evitar interferencias excesivas en las vidas de las personas con discapacidad. Si se optase por plantear que cualquier situación de influencia indebida permite la impugnación de un contrato o acto jurídico, las personas con discapacidad podrían verse sometidas a un constante escrutinio que atentaría contra su vida privada. Al mismo tiempo, esto podría generar una amenaza a la seguridad jurídica que requieren las transacciones jurídicas. El efecto no deseado podría ser que el mercado no desee contratar con personas con discapacidad por miedo a una futura anulación del acto jurídico.

En el caso bajo análisis, tendríamos que analizar si hubo o no un daño real y grave que supere el derecho asumir riesgos. En el caso de Vanessa, hay que tomar en cuenta dos cosas. En primer lugar, ella parece reconocer el riesgo y tomar previsiones. Así, por ejemplo, no acepta condonar toda la deuda sino solamente una parte. En segundo lugar, si bien hay un ingreso que deja de percibir, esto no parece poner en riesgo su patrimonio ni tampoco su supervivencia. Por lo mismo, parece ser un riesgo aceptable y, aunque hubiese influencia indebida, no debería anularse el acto jurídico.

3.2. Los conflictos de intereses

Un conflicto de intereses ocurre cuando el interés de una persona puede interferir con sus deberes (Martin y otros, 2016, p. 49). Por lo general, profesionales del Derecho resuelven estos conflictos eliminándolos o revelándolos. Sin embargo, si el apoyo tuviese que inhibirse frente a cualquier conflicto de intereses, incluso los potenciales, podría dejar a la persona con discapacidad sin posibilidad de ejercer su capacidad jurídica. Por eso, el tratamiento de conflictos de intereses en los que se ven involucrados los apoyos deben tener un tratamiento distinto a las reglas generales de manejo de conflicto de intereses (eliminación o revelación). El apoyo debe gestionar el conflicto de intereses, no evitarlo⁽⁶⁹⁾; y las autoridades que formalicen la designación de apoyos deben regularlos en ciertos ámbitos, por ejemplo: con quién contratar (o con quién no), sobre qué materias, a partir de qué monto.

Ahora bien, ¿cómo se puede garantizar que los apoyos estén «libres de conflicto de intereses» cuando, por lo general, son cercanos a la persona con discapacidad? Pongamos un nuevo ejemplo. Bárbara tiene una discapacidad intelectual leve y nombra a su madre como su apoyo sin que se establezca ninguna medida de salvaguardia. Unos meses más tarde Bárbara abre una cuenta bancaria y el empleado del banco le ofrece la posibilidad de firmar un contrato de seguro en favor de un tercero. Cuando ella pregunta qué significa exactamente, el empleado dice que esto le dará dinero a una persona de su elección si algo le sucede. ¿Podría la madre de Bárbara, que es su apoyo, ser designada como beneficiaria? En este caso se presenta un conflicto de intereses: el deber de apoyar de la madre de Bárbara podría colisionar con el interés de ser beneficiaria de un contrato. Entonces, una primera cuestión es dilucidar si la existencia de un conflicto de interés impide la actuación del apoyo o si se puede gestionar.

(67) Esta idea surgió en una conversación de Renato Constantino con Robert Dinerstein.

(68) Véase Corte Suprema de los Estados Unidos, Sentencia de fecha 14/05/1984 (*Strickland vs. Washington* 466 U.S. 668, 104 S. Ct. 2052).

(69) Al respecto, véase Martin et al. (2016), p. 49.



En nuestra opinión, convendría que esto sea gestionado, antes de generar una exclusión.

Además, se debe pensar: ¿qué consecuencias generaría la ocurrencia de un conflicto de intereses?, ¿acarrearía nulidad o anulabilidad? De ser el caso, esto haría que el empleado del banco o cualquier tercero con quien la persona con discapacidad contrate tenga que rechazar el acto jurídico en cualquier situación en la que surja un conflicto de intereses entre dicha persona y su apoyo. Eso podría crear dificultades extremas para las personas con discapacidad en la firma de contratos, porque los apoyos suelen ser parientes o amigos cercanos. En nuestra opinión, y asumiendo que el costo de transacción podría traducirse en un desincentivo para contratar con personas con discapacidad que usen apoyos, parece conveniente plantear que un tercero tiene el deber de evitar el acto jurídico cuando el apoyo de la persona con discapacidad tiene un conflicto de intereses y la decisión parece crear una ventaja injusta para el apoyo que va en contra de los derechos de la persona con discapacidad. En el caso anterior, el conflicto de intereses sería irrelevante, ya que no afecta a los derechos de Bárbara.

4. Los retos pendientes del artículo 12

Como hemos planteado a lo largo de este artículo, el reconocimiento de capacidad jurídica para personas con discapacidad exige reconceptualizar las nociones de voluntad, autonomía y vulnerabilidad (Bernardini, 2021) y, a la vez, hacer una reingeniería absoluta del Derecho Civil. Esta área del Derecho se construyó mirando a la persona con discapacidad como un incapaz objeto de protección, y ahora corresponde incorporarlo en las relaciones jurídicas, pero reconociendo su vulnerabilidad y desigualdad de hecho frente a otras personas. Esta no es la primera vez que desde una mirada crítica se plantea que el Derecho Civil deba atender a las desigualdades de facto que se dan en las relaciones entre personas⁽⁷⁰⁾, pero sí es la primera vez que se plantea en relación con las personas con discapacidad.

En este artículo hemos planteado algunas de las figuras e instituciones que deben ser revisadas (no solo la incapacidad, curatela e interdicción) para hacer un Derecho Civil más inclusivo hacia las personas con discapacidad. Sin embargo, hay otros aspectos pendientes tanto del propio Derecho Civil, como de otras ramas del Derecho que deben ser atendidas para que el artículo 12 despliegue plenos efectos. A continuación,

planteamos algunos de las que nos parecen más relevantes.

4.1. Sobre quiénes pueden tomar decisiones

La CDPD apunta a reconocer los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, al modificar los entendimientos existentes sobre la discapacidad, cambia la noción de quiénes pueden tomar decisiones jurídicamente válidas. Al respecto, existen dos categorías que tradicionalmente se han visto excluidos de la posibilidad de ejercer derechos además de las personas con discapacidad: los adultos mayores y las personas con adicciones.

Por temas culturales, o por situaciones de discapacidad relacionadas con la edad, en muchos casos las personas adultas mayores se han visto privados de la posibilidad de tomar decisiones jurídicamente relevantes. Al cambiar el paradigma con la CDPD, se abre la necesidad de abrir el debate sobre su posibilidad de tomar decisiones. En la región, es importante tener en cuenta la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁽⁷¹⁾. En dicho tratado, con un fraseo muy similar al artículo 12 de la CDPD, se reconoce la capacidad jurídica de las personas adultas mayores⁽⁷²⁾.

Por su parte, las personas con adicciones también están excluidas de la posibilidad de tomar decisiones en la región⁽⁷³⁾. Si bien es posible cuestionar si durante el efecto de alguna sustancia alucinógena alguien debe poder tomar decisiones, sí se puede decir que una exclusión permanente no sería coherente con lo que defiende la CDPD.

4.2. Sobre la validez de los actos jurídicos

Los académicos aún no han analizado cómo la teoría del acto jurídico se involucrará con las disposiciones del artículo 12. Haber cambiado la noción de capacidad jurídica

(70) Al respecto, véase Menger (2011).

(71) Adoptada el 15 de junio de 2015. Entró en vigor el 11 de enero de 2017.

(72) Artículo 30. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

(73) Por ejemplo, el artículo 450 del Código Civil Federal de México, el artículo 44 del Código Civil del Perú y el artículo 32 del Código Civil y Comercial de Argentina.



requeriría pensar adecuadamente qué se va a poder entender como una manifestación de voluntad válida para la realización de un acto o negocio jurídico⁽⁷⁴⁾. Son varios los términos que deben interactuar con las teorías del acto o negocio jurídico: abuso, influencia indebida, conflicto de intereses o ausencia o negligencia por parte del apoyo.

Al respecto, una solución pragmática ha sido la del artículo 38 del Código Civil y Comercial de Argentina. Allí se indica que, en la sentencia de restricción de capacidad, el juez debe “señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”. Por otra parte, la normativa colombiana prescribe que la persona que brinda apoyos debe proveerlos en todo acto jurídico que practique la persona con discapacidad y que ello es un requisito para la validez del acto jurídico⁽⁷⁵⁾.

Una situación particular puede ser la noción del error en el acto jurídico. Según la teoría del acto jurídico, cuando hay un error esencial, no hay acuerdo y, por lo tanto, no hay acto jurídico (Sefton-Green, 2005, p. 6). ¿Qué pasaría con esta teoría en casos relacionados con personas con discapacidad? Según Schermaier, al menos en las jurisdicciones continentales europeas, un error “permite a la parte equivocada liberarse de una determinada declaración de intenciones, una promesa o un contrato, siempre que se hayan cumplido determinadas condiciones” (citado en Sefton-Green, 2005, p. 39). En varias jurisdicciones del derecho romano germánico, para que un error haga que un contrato sea anulable, debe ser esencial y debe ser reconocible por la otra parte⁽⁷⁶⁾. Esto puede conducir a situaciones complejas con las personas con discapacidad porque su estándar de error reconocible es distinto al resto. El error, como otras instituciones legales, trabaja sobre la presunción de una cierta funcionalidad cerebral “regular”. La doctrina del error es útil en la medida en que permite a una persona distanciarse de algo para lo que “podría no haber

tenido la intención” (Series, 2015). Pero sigue siendo un reto cómo el Derecho Civil se adaptaría a la presencia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial sin excluirlas.

4.3. Consentimiento médico⁽⁷⁷⁾

El consentimiento es parte de un acuerdo que busca que algo suceda (O’shea, 2011). Convierte un acto posiblemente ilegal en legal. Sedar a alguien y cortarle el cuerpo puede ser considerado un delito o una operación médica de acuerdo a si existe o no consentimiento. Usualmente, el requisito para emitir consentimiento médico ha sido tener capacidad jurídica o de ejercicio, de acuerdo con cada ordenamiento jurídico (Donnelly, 2014, pp. 91-92).

Al respecto, el Comité CDPD ha señalado que los Estados “tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento”⁽⁷⁸⁾. Asimismo, ha planteado que no se puede permitir la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad al momento de dar su consentimiento⁽⁷⁹⁾. Sin embargo, esto puede resultar complejo por dos motivos.

El primero tiene que ver con el estándar de entendimiento que se requiere en el consentimiento médico. Al respecto, la Corte Interamericana ha definido que el consentimiento informado es:

(74) Para el caso del common law, véase Varney (2017); Varney (2020).

(75) Artículo 19 de la Ley 1996 de 26 de agosto de 2019 de Colombia:

“Acuerdos de apoyo como requisito de validez para la realización de actos jurídicos.

La persona titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo de apoyos vigente para la celebración de determinados actos jurídicos, deberá utilizarlos, al momento de la celebración de dichos actos jurídicos, como requisito de validez de los mismos. En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados por el acuerdo de apoyos, sin hacer uso de los apoyos allí estipulados, ello será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil. (...)”.

(76) Al respecto, véase Sefton-Green (2005), pp. 18-22. Por ejemplo, el artículo 266 del Código Civil y Comercial de Argentina indica que “El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar.” Por su parte, el artículo 138 del Código Civil de Brasil indica que: “Son anulables los negocios jurídicos cuando las declaraciones de voluntad emanen de error sustancial que podría ser percibido por una persona de diligencia normal, dadas las circunstancias del negocio”.

(77) Esta sección se basa en Bregaglio y Constantino (2020b), p. 155.

(78) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 41.

(79) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 41.



una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo⁽⁸⁰⁾.

Si la información debe ser “realmente comprendida”, queda la duda de qué tan posible es que personas con discapacidad intelectual o psicosocial pueden brindar el consentimiento, en especial si se niegan al uso de apoyos.

El segundo motivo de complejidad del estándar son los supuestos de emergencias psiquiátricas. A partir de la CDPD, se ha discutido sobre si y cómo se pueden permitir las privaciones de libertad de personas con discapacidad psicosocial más allá de las causales comunes⁽⁸¹⁾. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 35 planteó lo que llamaremos una posición reguladora: determinó que es posible la privación de libertad de personas con discapacidad cuando exista peligro para sí mismos o para terceros⁽⁸²⁾. Esto ha sido planteado también por el Sub Comité de prevención contra la Tortura⁽⁸³⁾ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha planteado que esto no es posible, apostando por una mirada prohibitiva⁽⁸⁴⁾. Finalmente, también existe una propuesta doctrinaria de adoptar regulaciones neutrales a la discapacidad. Ello apunta a que el ejercicio coercitivo del Estado se desvincule de la discapacidad o la funcionalidad y se base en el riesgo (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017). En este contexto de pluralidad de interpretaciones, resulta necesario generar una teoría de la voluntad compatible con el artículo 12 y que pueda ser aplicada al acto de consentimiento médico, con las excepciones que pudiesen corresponder.

4.4. Inimputabilidad

Más allá de los matices que esta figura pueda tener en las diferentes regulaciones comparadas la inimputabilidad es definida como la capacidad de una persona de: (i) comprender el carácter prohibitivo de una norma; y, (ii) actuar de acuerdo con dicha comprensión (Meini, 2014, p. 121). Ciertamente, resulta contrario al modelo planteado por la CDPD hacer una

asimilación automática entre discapacidad intelectual o psicosocial e inimputabilidad⁽⁸⁵⁾. Sin embargo, asumir que las personas con discapacidad siempre actúan en pleno ejercicio de su capacidad jurídica implicaría negar de manera rotunda al menos el primer elemento que define a la inimputabilidad. E incluso, asumir que la persona, aún en supuestos de crisis, puede tomar decisiones, negaría el segundo supuesto. Ello traería como consecuencia su responsabilidad penal.

Frente a esto, resulta necesario repensar la noción de inimputabilidad a la luz de la CDPD y establecer reglas que, o bien sean neutras a la discapacidad, o bien al menos respondan a una real aproximación competencial (que la persona no pueda comprender el concreto acto delictivo cometido). Pero también será necesario repensar toda la teoría de la pena y de las medidas de seguridad, pues privar de su libertad en un centro penitenciario o un centro psiquiátrico a una persona con discapacidad intelectual o psicosocial no parecen ser medidas adecuadas a su condición de vulnerabilidad.

5. Conclusiones

El artículo 12 de la CDPD es novedoso y complejo. No tiene una única interpretación y tiene relación con varias ramas del Derecho. No obstante, es un reto compatibilizar estas instituciones con lo que plantea la CDPD. Al respecto, muchas teorías éticas, políticas y jurídicas se realizaron excluyendo a las personas con discapacidad⁽⁸⁶⁾. El artículo 12 CDPD ha revolucionado el entendimiento que tenemos sobre la capacidad jurídica y, a partir de ello, sobre otros elementos como la voluntad, el consentimiento, la libertad personal, la libertad sexual y la autonomía. No

(80) Al respecto, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fecha 08/03/2018, Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 161.

(81) Al respecto, véase Flynn & Arstein-Kerslake (2017); Martin et al. (2016); Minkowitz (2011) y Nilsson (2014), p. 29.

(82) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 19.

(83) Al respecto, véase Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016), paras. 7, 8.

(84) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015b).

(85) Al respecto, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), párr. 16.

(86) Al respecto, véase Kittay (2005); Nussbaum (2007).



puede haber teorías sin pensar en la inclusión. Actualmente, es una necesidad urgente reevaluar esas teorías para hacerlas inclusivas respecto de la discapacidad, y para que respondan a los problemas que surgirán de la aplicación de sistemas conformes al artículo 12 en las jurisdicciones de derecho civil.

Referencias bibliográficas

- Bach, M. & Kerzner, L. (2010). *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*. Law Commission of Ontario.
- Bezerra De Menezes, J. (2016). Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, 9, 31-57.
- Bernardini, M. G. (2021). *La capacità vulnerabile*. Jovene.
- Bregaglio, R. y Constantino, R. (2020a). Un Modelo Para Armar: La Regulación de La Capacidad Jurídica de Las Personas Con Discapacidad En El Perú a Partir Del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), 32-59.
- Bregaglio, R. y Constantino, R. (2020b). El Consentimiento Médico Informado de Las Personas Con Discapacidad Intelectual y Psicossocial En El Perú. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, 26(4).
- Brosey, D. (2020). *Supported Decision Making in Germany*. Essex Autonomy Project Summer School, University of Essex.
- Burningham, S. (2009). Developments in Canadian Adult Guardianship and Co-Decision-Making Law. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 18.
- Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018, 8 de marzo). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 349.
- Comité de Derechos Humanos (2014). Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y Seguridad Personales), CCPR/C/GC/35, (16/12/2014).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013). Observación General Sobre El Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante La Ley. Proyecto Preparado Por El Comité, CRPD/C/11/4, (25/11/2013).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación general No. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1, (19/05/2014).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015a): Observaciones Finales Sobre El Informe Inicial Del Brasil, CRPD/C/BRA/CO/1, (29/09/2015).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015b). Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities The Right to Liberty and Security of Persons with Disabilities.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018). Observación general número 1. Corrección. CRPD/C/GC/1/Corr.1.
- Constantino Caycho, R. A. (2020). The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law. *The Age of Human Rights Journal*, 14, 155-180.
- Dawson, J. (2015). A Realistic Approach to Assessing Mental Health Laws' Compliance with the UNCRPD. *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 70-90.
- Devandas, C. (2017). *Informe de La Relatora Especial Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad*, A/HRC/37/56, (12/12/2017).
- Dhanda, Amita. (2017). Conversations between the Proponents of the New Paradigm of Legal Capacity. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 87-95.
- Dinerstein, Robert. (2012). 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. *Human Rights Brief*, 19(2).
- Donnelly, M. (2014). *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*. Cambridge University Press.
- Dresser, R. (1982). Ulysses and the Psychiatrists: A Legal and Policy Analysis of the Voluntary Commitment Contract. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 16(3), 777-854.
- Dworkin, R. (1993). *Life's Dominion*. Vintage Books.
- Expediente No. 702/2018 (2019). Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- Flynn, E. & Arstein-Kerslake, A. (2017). State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability-Neutral Framework. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 39-57.
- Gergel, T. & Martin, W. (2020). *Personal Identity and Advance Directives*. Essex Autonomy Project Summer School, University of Essex.
- Gergel, T. & Owen, G. (2015). Fluctuating Capacity and Advance Decision-Making in Bipolar Affective Disorder - Self-Binding Directives and Self-Determination. *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 92-101.
- Gooding, P. (2013). Supported Decision-Making: A Rights-Based Disability Concept and Its Implications for Mental Health Law. *Psychiatry, Psychology and Law*, 20, 431-451.
- Kittay, E. (2005). Equality, Dignity and Disability. Lyons, M. y Waldron, F. (Ed.). *Perspectives on Equality The Second Seamus Heaney Lectures*, 93-119, The Liffey Press.
- Kraut, A. y Palacios, A. (2014). Artículo 32. Lorenzetti, R. (Ed.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal - Culzoni Editores.



- Lathrop, F. E. (2021). Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual, Cognitiva y/o Psicosocial en Chile. Bezerra de Menezes, J., Constantino, R. y Bariffi, F. (Eds.). *Capacidade Jurídica, Deficiência e Direito Civil na América Latina* (1ª ed.), Editora Foco.
- Martin, W. y otros. (2016). Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK. Essex Autonomy Project.
- Martin, W. & Gurbai, S. (2019). Surveying the Geneva Impasse: Coercive Care and Human Rights. *International Journal of Law and Psychiatry*, 64,117-128.
- Martinez-Pujalte, A. (2019). Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms. *Laws*, 8(4).
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Menger, A. (2011). *El derecho civil y los pobres*. Jurista.
- Mental Health Foundation (2020). *Peer Support*.
- Minkowitz, T. (2011). Why Mental Health Laws Contravene the CRPD - An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties. *SSRN Electronic Journal*.
- Minkowitz, T. (2013). CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation. *SSRN Electronic Journal*.
- Minkowitz, T. (2018). *Peruvian Legal Capacity Reform - Celebration and Analysis*. Mad in America.
- Nilsson, A. (2014). Objective and Reasonable? Scrutinising Compulsory Mental Health Interventions from a Non-Discrimination Perspective. *Human Rights Law Review*, 14, 459-485.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. (R. Vilà Vernis y A. Santos, Trad.). Paidós.
- O'Shea, Tom. (2011). *Consent in History, Theory and Practice*. Essex Autonomy Project.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca.
- Sefton-Green, R. (2005). *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. Cambridge University Press.
- Series, L. (2015). *Comments on Draft General Comment on Article 12 - the Right to Equal Recognition before the Law*.
- Series, L. y Nilsson, A. (2018). Article 12 CRPD. Equal Recognition before the Law. Bantekas, I. Stein, M. y Anastasiou, D. (Eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a commentary*, Oxford University Press.
- Shalaby, R. y Agyapong, V. (2020). Peer Support in Mental Health: Literature Review. *JMIR Mental Health*, 7.
- Strickland vs. Washington (1994, 14 de mayo). Corte Suprema de los Estados Unidos, U.S. 668.
- Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2016). Approach of the Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment regarding the rights of persons institutionalized and treated medically without informed consent. CAT/OPI/27/2.
- Szmukler, G. (2017). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: "Rights, Will and Preferences" in Relation to Mental Health Disabilities. *International Journal of Law and Psychiatry*, 54, 90-97.
- Szmukler, G. (2018). *Men in White Coats: Treatment under Coercion*. Oxford University Press.
- Varney, E. (2017). Redefining Contractual Capacity? The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Incapacity Defence in English Contract Law. *Legal Studies*, 37, 493-519.
- Varney, E. (2020). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and English Contract Law: A Tale of Unfinished Bridges? *King's Law Journal*, 31, 444-466.
- World Health Organization and World Bank (Ed.) (2011). Informe Mundial Sobre La Discapacidad, World Health Organization. 