



Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica

Derecho internacional y comparado

Autoras

Christine Weidenslaufer
cweidenslaufer@bcn.cl
+56 2 22701892

Paola Truffello G.
ptruffello@bcn.cl
+56 32 2263185

Con la colaboración de:

Jana Abujatum

Virginie Loiseau

Matías Meza-Lopehandia G.

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del proyecto de ley que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía (Boletín N° 12.441-17)

N° SUP: 120061

Resumen

El artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) contiene el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. A su respecto, la Observación General N° 1 de 2014 del Comité CDPD describe las medidas que deben adoptar los Estados partes para su plena aplicación:

- Reconocer a las PcD como personas ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones.
- Derogar las instituciones jurídicas de sustitución de la voluntad de las PcD.
- Establecer acceso a sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias fundadas en el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las PcD.

La incorporación de los contenidos de la CDPC al derecho interno de sus Estados miembros ha sido un proceso progresivo y las reformas a las normas sobre capacidad jurídica se han iniciado incluso en algunos países antes de la ratificación. En **Alemania**, desde 1992 las personas mayores de edad no pueden ser sometidas a incapacitación. Son los tribunales los que determinan la falta de capacidad caso a caso. A una persona afecta a un trastorno mental patológico que impide el libre ejercicio de la voluntad se le puede nombrar un curador legal (entre otras formas de representación legal para situaciones específicas) o puede solicitarlo ella misma, siempre considerándose sus preferencias. En **Francia**, las medidas de protección jurídica de las PcD mayores de edad deben respetar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, y son la tutela provisional, la custodia y la tutela. Otras medidas son la “persona de confianza”, las medidas de apoyo para la gestión de prestaciones sociales y el Convenio AERAS. Todas estas formas de representación tienen límites, particularmente respecto de actos personalísimos (por ejemplo, de familia, como el matrimonio). Normativas más recientes, como las de **Irlanda**, **Costa Rica** y **Perú** reconocen expresamente la capacidad jurídica de las PcD en sus ordenamientos jurídicos, especialmente respecto de los asuntos patrimoniales. Asimismo, han eliminado instituciones como la curatela para mayores de edad y sólo restringen la capacidad de actuar para situaciones particulares. Algunos mecanismos de apoyo específicos son las figuras del garante para la igualdad jurídica de las PcD y la asistencia personal humana (Costa Rica), la asistencia en la toma de decisiones, la toma de decisiones conjunta y la asistencia en la toma de decisiones (Irlanda) y el simplemente denominado “apoyo” (Perú). Todos ellos están sujetos a las salvaguardias y obligaciones que cada ley establece, en concordancia a lo dispuesto por la CDPD.

Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD o la Convención) establece el deber de los Estados partes de reconocer que las personas con discapacidad (PcD) tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, de proporcionar acceso a los apoyos necesarios, así como a garantizar las salvaguardias que impidan abusos en su ejercicio (art. 12).

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados solicitó a la BCN un informe de legislación comparada para el estudio del Boletín N° 12.441-17 que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial (PcDICPS), y consagrar su derecho a autonomía.

Si bien se acordó solicitar información sobre "legislación comparada en general", el presente informe revisa los casos de **Costa Rica, Perú e Irlanda**, por tratarse de países que reformaron recientemente sus legislaciones en consonancia con las disposiciones de la CDPD; y **Alemania y Francia**, que modificaron sus normas de capacidad jurídica incluso con anterioridad a la celebración de la Convención, pero que luego de su ratificación han recibido observaciones por parte del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité CDPD).

El desarrollo del derecho comparado analizado se ordena según las medidas que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad recomienda seguir a los Estados partes para la aplicación del artículo 12 de la CDPD.

El proyecto de ley se refiere a las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial (PcDICPS) pues son ellas las que se ven enfrentadas a restricciones o limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica¹. Para efectos de este documento, se utiliza el término "personas con discapacidad" (PcD) adoptada en la CDPD y en la norma nacional, Ley N° 20.422.

Las traducciones de normas extranjeras son propias y las disposiciones nacionales citadas han sido obtenidas de la base de datos Ley Chile de BCN.

¹ Bach y Kerzner (2010:14-16), definen discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial en los siguientes términos:

- Discapacidad intelectual: "Generalmente significa tener mayores dificultades que la mayoría de las personas en razón de un funcionamiento intelectual y adaptativo, debido a una afección a largo plazo que está presente al nacer o que se consolida antes de cumplir los dieciocho años. Estas personas pueden tener mayores dificultades para llevar a cabo las actividades cotidianas, como comunicarse e interactuar con otros, administrar dinero, realizar actividades domésticas y hacerse cargo de su cuidado o atención personal. Mientras que la "discapacidad intelectual" es un término que es técnicamente distinto de otras "discapacidades del desarrollo", estos términos a menudo se usan indistintamente (discapacidades intelectuales o el del desarrollo)".

- Discapacidad cognitiva: Se refiere a tipos de dificultades similares, generalmente con un inicio tardío o posterior a los dieciocho años de edad, pero que pueden resultar también de una lesión cerebral a una edad más temprana. Las personas con discapacidades cognitivas incluyen aquellas que han sufrido un accidente cerebrovascular, demencia o enfermedad de Alzheimer, y adultos mayores que experimentan otras formas de deterioro cognitivo a medida que envejecen.

- Discapacidades psicosociales: Son aquellas que experimentan personas con "problemas de salud mental y / o se identifican como "consumidores de salud mental", "sobrevivientes psiquiátricos" o "locos". Estos no son grupos que se excluyen mutuamente. Muchas personas con discapacidades intelectuales o cognitivas, así como los adultos mayores, también se identifican o tienen discapacidades psicosociales".

En anexo se incluye tabla con los tipos de apoyo en la toma de decisiones de las PcD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Legislación de los países miembros de la UE (2017).

I. Derechos de las personas con discapacidad y su capacidad jurídica: Obligaciones y estándares internacionales

La promoción y protección de los derechos de las PcD es abordada principalmente a nivel regional, por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y, por el Sistema de Naciones Unidas, por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ambos instrumentos internacionales vigentes en nuestro país².

1. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIDPCD) tiene su énfasis en generar las condiciones para que las personas con discapacidad puedan tener una vida autónoma e independiente y una calidad de vida digna³. Sin embargo, no contiene disposiciones específicas relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin perjuicio del mandato general de adoptar medidas necesarias para eliminar la discriminación y propiciar su plena integración a la sociedad.

El tratado crea un Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) que revisa y comenta los informes periódicos que deben presentar los Estados parte, pudiendo hacer observaciones y sugerencias a la implementación progresiva del tratado⁴.

En su primer informe respecto de Chile de 2009, el Comité destacó la necesidad de abandonar el enfoque de asistencialidad y focalización en personas en pobreza extrema con que se concebían las políticas públicas dirigidas a la población con discapacidad⁵. La cuestión de la capacidad jurídica apareció en el siguiente informe periódico, publicado en 2016. Ahí el Comité recomendó ajustar las disposiciones que establecen restricciones y exclusiones para el ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad psicosocial y armonizar las normas sobre capacidad jurídica del Código Procesal Penal⁶.

² Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada el año 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, fue ratificada por Chile en 2002 y promulgada por el Decreto N° 99, de 2002, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada el año 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 2006, fue ratificada por Chile el año 2008 y promulgada por el Decreto N° 201 de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ Cfr. art. III CIDPD.

⁴ Art. VI CIDPD.

⁵ CEDDIS, 2009. Especialmente cap. VI.

⁶ En particular, se refiere al artículo 302, referido a la facultad de no declarar en juicio por motivos personales, que regula la manifestación de voluntad de declarar de las personas que “por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de abstenerse [de declarar]”. (CEDDIS, 2016).

Por su parte, el sistema interamericano de derechos humanos ha prestado atención a la situación de las personas con discapacidad desde la década de los 90 del siglo pasado⁷. La cuestión de la capacidad jurídica de estas personas ha sido particularmente abordada en las audiencias temáticas que realiza la CIDH en forma periódica⁸.

En este sentido, el plan estratégico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el periodo 2017-2021, definió esta cuestión como un área prioritaria, lo que se concretó en la creación en 2017 de una Unidad sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, a cargo de un Comisionado de la propia CIDH⁹. En mayo de 2018, la nueva unidad convocó a una consulta pública donde el primer eje temático fue, precisamente, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que evidencia la actualidad del tema¹⁰. En particular, la CIDH manifestó su interés en “modelos de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, que reemplacen aquellos modelos que sustituyen totalmente en la toma de decisiones a las personas en situación de discapacidad”¹¹

2. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y recomendaciones de su Comité

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, constituye según Stang “el instrumento de derecho internacional más relevante para este ámbito de la realidad social”¹². Desde su adopción, la temática de la discapacidad se ha ido introduciendo en la agenda política y social de todos los países del mundo¹³.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las PCD, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1, inc. 1). Entre sus principios orientadores se encuentran: el respeto de la dignidad humana y autonomía individual; la no discriminación; la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, entre otros (art. 3).

La CDPD considera a la discapacidad como un concepto en evolución que incluye a “quienes 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 los demás” (art. 1, inc. 2).

Entre sus primeras disposiciones, la Convención consagra el principio de igualdad y no discriminación¹⁴ y dispone la obligación de los Estados Partes a reconocer que todas las personas son iguales ante la

⁷ CIDH, 2017a.

⁸ Gómez, 2015.

⁹ CIDH 2017b.

¹⁰ CIDH, 2018.

¹¹ CIDH 2014, citado en Gómez, 2015:144.

¹² Stang, 2011; 26

¹³ Cepal, 2012: 193.

¹⁴ El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2.1.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

ley, por lo que en virtud de dicha igualdad, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna (art. 5).

La CDPD reconoce en su artículo 12, el derecho a la igualdad ante la ley de todas las PcD en igualdad de condiciones con las demás y desarrolla con mayor atención aquellos ámbitos en los que tradicionalmente este derecho les ha sido negado¹⁵.

El artículo 12 de la Convención vertebró el contenido del derecho a la igualdad ante la ley aplicable a las personas con discapacidad. En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. El artículo 12, párrafo 3, establece la obligación de los Estados de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Por último, el artículo 12, párrafo 5, dispone que los Estados deben garantizar los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, respecto de las cuestiones financieras y económicas¹⁶.

De acuerdo a la Relatora Especial de los Derechos de las PcD, Catalina Devandas Aguilar¹⁷.

El reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica son conceptos que están estrechamente interrelacionados. El igual reconocimiento como persona ante la ley garantiza el derecho de todo ser humano a que se reconozca su existencia en el ordenamiento jurídico, es decir, a que se reconozca su personalidad jurídica y a quedar comprendido en el ámbito de la ley y a ser protegido por esta. **La capacidad jurídica implica ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar).** La interpretación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley ha evolucionado, de forma que ahora se entiende que **la capacidad jurídica es un atributo universal** inherente a todas las personas en razón de su condición humana. En consecuencia, **negar a una persona su legitimación para actuar también afectará a su condición como persona ante la ley** [énfasis añadido].

Asimismo, según la Relatora Especial, de este artículo se derivarían cuatro obligaciones primordiales para los Estados parte¹⁸:

1° [...] Los Estados deben reconocer la capacidad jurídica universal de todas las PcD, incluidas las que necesitan un apoyo más intenso. Eso conlleva aprobar leyes que reconozcan expresamente la capacidad de las PcD para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin, así como

Políticos (art. 2 y 26), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1 y 24), así como, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. 2).

¹⁵ Comité CDPD (2014a:párr.1).

¹⁶ Asamblea General NU (2018:párr.23).

¹⁷ Asamblea General NU (2018:párr.14).

¹⁸ Asamblea General NU (2018:párr.24-30).

ofrecer protección legal efectiva contra toda injerencia en esa capacidad. Este reconocimiento debe incluir el ejercicio del derecho a la propiedad, el acceso a todas las modalidades de crédito financiero y el derecho a controlar sus propios asuntos económicos, como se reconoce en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención. Los Estados no pueden limitar la capacidad jurídica de las PcD; deben más bien protegerla contra toda injerencia en todos los aspectos de la vida, incluidas las decisiones relativas a tratamientos médicos, a la vida independiente o a cuestiones financieras.

2° [...] Los Estados deben abolir y prohibir todos los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones. Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estos regímenes pueden describirse como sistemas en los que se despoja a la persona de la capacidad jurídica (aunque sea con respecto a una única decisión) y una tercera parte nombra a un sustituto que toma decisiones basadas en lo que considera el interés superior de la persona concernida, aunque dicha decisión sea contraria a la voluntad de esta última. Estos regímenes incluyen la tutela plena y parcial, la interdicción judicial, la curatela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento y el internamiento involuntarios. La Convención prohíbe todas las formas de sustitución en la adopción de decisiones, incluidas las que se basan en la evaluación de la capacidad mental.

3° [...] Los Estados deben desarrollar arreglos de apoyo de distintos tipos e intensidades, oficiales y oficiosos, para la adopción de decisiones. Estos arreglos incluyen, por ejemplo, redes de apoyo, acuerdos de apoyo, grupos de apoyo entre pares y de autoayuda, apoyo para la defensa de los intereses propios, defensa independiente y directivas anticipadas. A diferencia de lo que ocurre con los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, en los arreglos de apoyo para la adopción de decisiones nunca se retira o limita la capacidad jurídica, las personas de apoyo no pueden ser nombradas por un tercero contra la voluntad de la persona afectada, y el apoyo debe prestarse teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona. El derecho a la capacidad jurídica no está supeditado a la aceptación de ningún tipo de apoyo o ajuste, ya que las PcD tienen derecho a rechazarlos.

4° [...] Los Estados deben establecer salvaguardias para velar por el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que hacen uso de este apoyo. Las salvaguardias relativas a la prestación de apoyo deben: a) basarse en los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; b) ofrecer protección contra el abuso y la influencia indebida; y c) ser proporcionales y estar adaptadas a las circunstancias de la persona. Las salvaguardias deberían incluir mecanismos de rendición de cuentas para garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona en la prestación de apoyo, así como mecanismos para impugnar la decisión de la persona encargada del apoyo si se cree que esta no actúa en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. Asegurar el acceso de las PcD a diferentes formas de apoyo, como el asesoramiento independiente, también contribuye a reducir el riesgo de influencia indebida. Cabe destacar que las salvaguardias tienen por objeto proteger a las personas en la prestación de apoyo, no impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse. El apoyo nunca debe consistir en decidir por esas personas, y el objetivo principal de las salvaguardias establecidas en el artículo 12 de la Convención es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité CDPD), órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención en su Observación General N° 1 de 2014, ha desarrollado el alcance y las obligaciones que derivan del artículo 12 para los Estados partes, enfatizando que, el modelo de la discapacidad basado en derechos humanos supone transitar del paradigma de sustitución de la voluntad para tomar decisiones, a uno basado en brindar los apoyos necesarios para tomarlas¹⁹.

El Comité CDPD indica que la capacidad jurídica, como atributo universal inherente a las personas en atención a su condición de tales, debe ser reconocida a las PcD en igualdad de condiciones con las demás²⁰. Así, la negación de la capacidad jurídica, que afecta y sigue afectando “de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial”²¹, priva a las PcD de muchos otros derechos fundamentales, entre ellos el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19), a casarse y fundar una familia (art. 23), a consentir para un tratamiento médico (art. 25) y, a votar (art. 29)²².

Al respecto, Bach sostiene que el reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica del artículo 12 de la CDPD no supone solo la capacidad de tener derechos, sino también la capacidad de obrar²³.

El año 2016 Chile recibió observaciones y recomendaciones del Comité CDPD. En particular, sobre el artículo 12 de la CDPD, solicitó se derogue toda norma que limite la capacidad jurídica de personas con discapacidad adultas y se establezca un modelo de toma de decisiones con apoyo. Asimismo, recomendó la derogación de normas que limiten el consentimiento libre e informado de todas las PcD, incluidas las declaradas interdictas o institucionalizadas, para actuar en todo tipo de intervenciones médicas o científicas. Específicamente señaló²⁴:

Que derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la Convención y la observación general núm. 1 (2014) del Comité (párr. 24).

Que revise y derogue las disposiciones que restringen el consentimiento libre e informado de todas las personas con discapacidad, incluyendo las que se encuentran declaradas interdictas y están bajo tutela, o quienes se encuentren institucionalizadas, y se adopten las regulaciones necesarias para el pleno ejercicio del consentimiento libre e informado, para actuar en todo tipo de intervenciones médicas o científicas (párr. 26).

¹⁹ Comité CDPD (2014a: párr. 3).

²⁰ Comité CDPD (2014a: párr. 8).

²¹ Comité CDPD (2014a: párr. 9).

²² Comité CDPD (2014a: párr. 8).

²³ Bach (2009).

²⁴ Comité (2016b: párr. 24-26).

Finalmente, en la referida Observación General N° 1 de 2014, el Comité CDPD describe las medidas que deben adoptar los Estados partes para la plena aplicación del referido artículo 12. Entre ellas destacan las siguientes²⁵, las que guiarán el análisis de derecho comparado que se verá más adelante:

- a) Reconocer a las PcD como personas ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás.
- b) Derogar las instituciones jurídicas de sustitución de la voluntad de las PcD, pues ellas niegan su capacidad jurídica y las discriminan.
- c) Establecer acceso a sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias fundadas en el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las PcD.

3. La Unión Europea y la adopción de la CDPD

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad y reconoce el derecho de las PcD a beneficiarse de medidas para garantizar su independencia, integración social y laboral, y su participación en la vida de la comunidad. Los derechos de las PcD en la UE también están protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006. En 2010, la UE aceptó la CDPD, siendo la primera vez que la propia UE, y no solo sus Estados miembros, ratifica un tratado internacional de derechos humanos, siendo además el primer gobierno supranacional en hacerlo^{26 27}.

En octubre de 2013, la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA, por su sigla en inglés)²⁸ de la Unión Europea publicó el informe "*Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems*" (Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y personas con problemas de salud mental)²⁹. En este informe se analizaron las normas jurídicas internacionales y europeas vigentes y se compararon las leyes de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica. Además, se complementó y contextualizó la investigación jurídica, con un trabajo en terreno que, según afirma el texto, aportó un testimonio de los obstáculos a los que se enfrentan muchas personas con discapacidad cuando tratan de disfrutar de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Se entrevistaron varias personas cuya capacidad jurídica fue retirada o restringida.

En el citado informe de 2013 se indica que:

²⁵ Comité (2014a: párr. 46).

²⁶ FRA (s/f-a).

²⁷ Como parte de la CDPD, la UE ha designado un marco propio (el "Marco de la UE") en relación con los asuntos de su competencia, a saber: 1) la legislación y la política de la UE: lucha contra la discriminación, derechos de los pasajeros, financiación de la UE, etc. y 2) la administración pública de la UE: selección de personal, acceso a los documentos, etc. El Marco de la UE complementa los marcos nacionales de supervisión, que se encargan de promover, proteger y supervisar la aplicación de la CDPD en los Estados miembros de la UE. El Marco entró en vigor en 2013 y está compuesto por: el Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo Europeo, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y el Foro Europeo de la Discapacidad (FED). De acuerdo con sus respectivas competencias y mandatos, los miembros contribuyen a título colectivo a: la promoción, la protección y la supervisión de la aplicación de la CDPD por la UE. El Marco de la UE también contribuye activamente al examen de la aplicación de la CDPD en la UE por el Comité CDPD (FRA, s/f-b).

²⁸ La Unión Europea creó en 2007 la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA) con el objetivo de proporcionar a los Estados miembros y a las instituciones de la UE ayuda y asesoramiento independiente, sobre la base de estudios, en materia de derechos fundamentales. La FRA es un órgano independiente de la UE, financiado con el presupuesto de la UE (FRA, s/f-c).

²⁹ FRA (2013).

La igualdad de reconocimiento de las personas ante la ley es un principio de los derechos humanos largamente establecido. Sin embargo, los marcos jurídicos de muchos Estados miembros de la Unión Europea permiten, en determinadas condiciones, restringir o retirar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y las personas con trastornos mentales. Actualmente estos marcos jurídicos se están transformando. En efecto, la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad conlleva cambios rápidos y significativos en los Estados que la han ratificado, entre ellos 24 Estados miembros de la UE, Croacia y la propia Unión Europea. Sobre la base de un enfoque de la discapacidad basado en los derechos, que ubica a la persona en el centro de todas las decisiones que la afectan, el asunto de la capacidad jurídica se reestructura en lo que respecta al apoyo que pueden necesitar las personas con discapacidad para tomar decisiones³⁰.

El artículo 12 de la CRPD, relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica en condiciones de igualdad, ha dado lugar a un cambio significativo en el enfoque del problema de la capacidad jurídica, permitiendo así a las personas con discapacidad controlar su vida³¹.

El informe de 2013 hace hincapié en que varios Estados miembros de la UE han reconocido la necesidad de armonizar su legislación con las normas internacionales y europeas vigentes, y algunos han revisado recientemente su marco legislativo nacional en materia de capacidad jurídica, como en el caso de Inglaterra y Gales (2005), Francia (2007) y Alemania (2009). Cabe mencionar que Suecia abolió la tutela total en 1989³². Tras la ratificación de la CRPD, FRA informa que se han adoptado nuevas leyes y políticas en muchos Estados miembros de la UE³³.

Con respecto a la libertad de elección y libertad de decisión para las PcD, la misma Agencia (FRA) publicó en diciembre de 2018 el informe "*From institutions to community living for persons with disabilities: Perspectives from the ground*" (De las instituciones a la vida en comunidad para las personas con discapacidad: perspectivas desde el terreno)³⁴, que destaca el sólido marco jurídico de la Unión Europea (UE) y de los Estados miembros para apoyar esta transición de las instituciones a la vida en comunidad para las PcD, y muestra las situaciones y barreras que subsisten, las que califica como "la falta de servicios de apoyo disponibles y asequibles, la estigmatización y la discriminación persistentes, y los entornos inaccesibles" que "impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos legales" y propone maneras de contrarrestar aquello, promocionando una vida independiente para las PcD. El informe se basa en el trabajo de campo realizado en Bulgaria, Finlandia, Irlanda, Italia y Eslovaquia³⁵.

³⁰ FRA (2013:7).

³¹ FRA (2013:3).

³² Desde el 1 de enero de 1989, la institución *omyndigförklaring* («declaración menor») está abolida en el derecho sueco. En su lugar, se introdujo una forma extensa de curatela (*godmanskap*), llamada *förvaltare* (tutela). Quien necesita asistencia para administrar sus asuntos se beneficia en primer lugar de un *god man* (curador), pero si la persona que necesita ayuda no puede cuidar de sí misma o de sus bienes, se nombra a un *förvaltare* (tutor). El nombramiento y el control del curador o tutor son actos administrativos descentralizados. Las decisiones son adoptadas por el tribunal de primera instancia y el control corresponde al *överförmyndare* del municipio (autoridad de control de los tutores y curadores). Las normas relativas a estas dos formas de asistencia se encuentran principalmente en el Código de la Familia (*föräldrabalk* SFS 1949:381), en particular en los capítulos 11 y 16.

³³ FRA (2013:28).

³⁴ FRA (2018a).

³⁵ FRA (2018b)

En opinión de la FRA, según informaron los participantes del informe de 2018, privar a las personas de capacidad legal conduce a y prolonga la institucionalización, al evitar que las PcD tomen decisiones sobre sus vidas. También tiene un impacto en la forma en que se ve a las PcD, destacan los mismos participantes, ya que los convierte en incapaces de expresar sus preferencias. Esto, de acuerdo a FRA, reforzaría los hallazgos de su informe de 2013, sobre la capacidad legal de las personas con discapacidades intelectuales y las personas con problemas de salud mental, en el que los participantes informaron que sus tutores tomaron decisiones sobre dónde deberían vivir³⁶.

II. Implementación y adecuación progresiva de la legislación nacional al derecho internacional. Derecho comparado

La incorporación de los contenidos de la CDPC al derecho interno de sus Estados miembros sido un proceso progresivo. Incluso, como se señaló previamente, países como Suecia han reformado sus ordenamientos jurídicos con antelación a la entrada en vigencia de este instrumento jurídico. Otros, como España³⁷ y Colombia³⁸, cuentan con avanzados proyectos de ley que según expertos son de interés en esta materia.

Según Robert D. Dinerstein³⁹, la adopción de legislación estatal apropiada y la supervisión del cumplimiento de la Convención, no transformarán los regímenes de toma de decisiones de sustitutivos de la voluntad a uno basado en apoyos de un día para otro, pero son un comienzo.

De los casos revisados, todos constituyen Estados firmantes de la Convención⁴⁰:

- Alemania: firmada el 30/03/2007 y ratificada el 24/02/09.
- Costa Rica: firmada el 30/03/07 y ratificada el 01/10/08.
- Francia: firmada el 30/03/2007 y ratificada el 18/02/10.
- Irlanda: firmada el 30/03/07 y ratificada el 20/03/18.
- Perú: firmada el 30/03/07 y ratificada el 30/01/08.

³⁶ FRA (2018a:9-10).

³⁷ Si bien la Convención fue ratificada por España en 2007, solo en septiembre de 2018 el Gobierno español dio a conocer el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Su objetivo es completar la adaptación del ordenamiento español a la CDPD, a cuyo efecto se reforma el régimen de la tutela y la curatela, modificándose el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ministerio de Justicia España, 2018:3). El Anteproyecto se encuentra disponible en el Vol. V, N° 3 (2018) de la Revista de Derecho Civil, el cual está completamente dedicado a su análisis académico.

³⁸ En Colombia, el proyecto de ley por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, del año 2017, está siendo actualmente discutido en la Cámara de Representantes del Congreso de la República.

³⁹ Dinerstein (2012:11).

⁴⁰ UNTC (2019).

1. Reconocimiento de la igualdad de las personas antes la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás

a. Alemania

De acuerdo al informe de Alemania al Comité CDPD del año 2011, la capacidad legal y la capacidad para actuar están reguladas en el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), normas que se aplican a personas con y sin discapacidad. De acuerdo con la sección 1 del BGB, todas las personas vivas tienen capacidad legal, es decir, tienen derechos y deberes, lo que garantiza que las PcD tengan capacidad legal sin restricciones⁴¹.

Excepcionalmente, las personas mayores de edad pueden ser incapaces para actuar. La sección 104 n° 2 del BGB prohíbe a una persona contratar si ésta se encuentra en un estado de trastorno mental patológico, que impide el libre ejercicio de la voluntad, a menos que por su naturaleza, tal estado sea temporal. Por su parte, la sección 827 del BGB dispone que no es responsable penalmente quien inflige daño a otra persona en un estado de inconsciencia o en un estado de trastorno mental patológico que impide el libre ejercicio de la voluntad⁴².

La definición legal de trastorno mental patológico usada en ambas disposiciones puede cubrir tanto a las PcD (sea que se trate de una discapacidad mental de largo o corto plazo). En caso de disputa, son los tribunales, excepcionalmente y caso a caso, los que deciden si, en relación con actos o declaraciones específicos, se cumplen los requisitos previos para la capacidad de cometer un delito o de contratar⁴³.

Pero, si la persona mayor de edad, a causa de una enfermedad mental o un impedimento físico, mental o psicológico⁴⁴, no puede, en su totalidad o en parte, atender sus asuntos, el Tribunal de Tutelas y Curatelas, de oficio o a petición de ésta, puede nombrar a un curador legal⁴⁵. Según el informe alemán citado, la capacidad legal y la capacidad para contratar de la persona bajo curatela legal no se verían afectadas, pues en las tareas que le sean asignadas al curador legal, este debe tomar las medidas para la persona afectada que sean necesarias en su mejor interés y sus deseos deben ser tomados en consideración⁴⁶. En tales tareas, el curador legal representa a la persona tutelada, pero el objetivo principal de la legislación es mejorar la autodeterminación de la persona⁴⁷.

⁴¹ Comité CDPD (2011:párr. 96).

⁴² Comité CDPD (2011:párr. 99).

⁴³ Comité CDPD (2011:párr. 99).

⁴⁴ Se incluyen en esta definición:

a) Enfermedades psíquicas: todas las enfermedades mentales no secundarias a enfermedades físicas, así como los trastornos mentales de causa física (por ejemplo meningitis o lesiones cerebrales); las adicciones, según su gravedad; y las neurosis y trastornos de la personalidad.

b) Discapacidades mentales: las limitaciones, congénitas o adquiridas, de las capacidades mentales.

c) Discapacidades emocionales: las limitaciones permanentes, consecuentes a una enfermedad mental, incluyendo las debidas a la vejez.

d) Discapacidades físicas: cuando la capacidad de resolver los propios asuntos está parcial o considerablemente limitada (por ejemplo en el caso de inmovilidad permanente). Los discapacitados físicos sólo pueden recibir un curador por medio de solicitud propia (Institut für transkulturelle Betreuung, 2010:9).

⁴⁵ Sección 1896, BGB.

⁴⁶ Sección 1901 números 2 y 3, BGB.

⁴⁷ Sección 1902, BGB.

En opinión de Alemania al año 2011, la legislación del país sobre curatela legal estaría en conformidad con la Convención y no sería necesaria reformarla. No obstante, señala el informe al Comité CDPD, se habría formado un grupo de trabajo para explorar posibilidades de mejora al sistema de curatela legal desde el punto de vista de la CDPD, y a la Ley de Procedimientos en Casos de Familia y Asuntos relacionados con Litigios No Contenciosos (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FamFG), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2009⁴⁸. Esto dio como resultado la Ley que regula el consentimiento legal a una medida médica obligatoria de 18 de Febrero de 2013 (*Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme*) y la Ley para fortalecer las funciones de la autoridad de tutela de 1° de Julio de 2014⁴⁹ (*Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde*).

b. Costa Rica

En virtud de las recomendaciones del Comité CDPD a Costa Rica del año 2014, se promulgó la Ley N° 9.379 para la Promoción de la Autonomía de las PcD en 2016, ocho años después de haber ratificado la Convención. Su objetivo es promover y asegurar a las PcD el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal y, para ello, establece las figuras del garante para la igualdad jurídica de las PcD y la asistencia personal humana, entre otras medidas. Esta ley fue implementada en abril de 2018 por el Reglamento N° 41.087.

La Ley N° 9.379, establece expresamente que todas las PcD gozan de plena igualdad jurídica, lo que implica: a) el reconocimiento de su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar; b) la titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses y c) el ejercicio de la patria potestad de sus propios hijos⁵⁰.

La norma define el “derecho a la autonomía personal” como el derecho de todas las PcD “a construir su propio proyecto de vida, de manera independiente, controlando, afrontando, tomando y ejecutando sus propias decisiones en los ámbitos público y privado”. Este derecho implica el respeto a los derechos patrimoniales de todas las PcD (derechos a la propiedad, a heredar bienes, a controlar sus propios asuntos económicos, a acceder a toda modalidad de crédito financiero y la garantía estatal de que las PcD no sean privadas arbitrariamente de sus bienes); a sus derechos sexuales y reproductivos; a sus derechos civiles y electorales, entre otros⁵¹.

c. Francia

Si bien Francia ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el año 2010, al momento de hacerlo no formuló ninguna reserva pero sí hizo varias declaraciones interpretativas. Entre ellas, referente al artículo 29, afirmó que “el derecho de voto es un componente de la capacidad jurídica que solo podrá restringirse en las condiciones y de la manera prevista en el artículo 12 de la Convención”⁵².

⁴⁸ Comité CDPD (2011:párr. 103).

⁴⁹ FRA (2015:10-11).

⁵⁰ Art. 5, Ley N° 9.379.

⁵¹ Art. 2° letra d, Ley N° 9.379.

⁵² Comité CDPD (2016:párr. 3).

En su informe al Comité CDPD, del año 2016, Francia precisa que la legislación francesa, al igual que el artículo 12 de la Convención, distingue entre capacidad jurídica y personalidad jurídica:

Se entiende por personalidad jurídica la capacidad de ser titular de derechos: toda persona, sufra o no una alteración de sus facultades, sea menor o mayor de edad, esté o no sujeta a una medida de protección, es titular de derechos. La capacidad jurídica, por otro lado, se refiere a la capacidad de ejercer esos derechos. Las personas con discapacidad pueden beneficiarse de una medida de protección jurídica, que puede dar lugar a una restricción más o menos extensa de la capacidad jurídica, sin que por ello afecte a su personalidad jurídica (párr. 112).

d. Irlanda

El gobierno irlandés firmó la CDPD en el año 2007, pero solo la ratificó el 20 de marzo de 2018. En el período intermedio, el Presidente Michael D. Higgins promulgó la Ley de toma de decisiones (capacidad) asistida (*Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015*), el 30 de diciembre de 2015⁵³. Esta última crea un nuevo sistema para ayudar a las personas a tomar decisiones y deroga la Ley de Locura de 1871 (*Lunacy Act of 1871*), que había establecido el sistema de las tutelas judiciales (*Ward of Court system*)⁵⁴.

Esta ley significó, según la ONG *Inclusion Ireland*, un cambio cultural innovador, desde un enfoque paternalista y de "interés superior" hacia las PcD intelectual, hacia uno de elección, control y consentimiento basado en el derecho, al tiempo que eliminó una barrera importante para la ratificación de la CDPD⁵⁵. Asimismo, proporciona el marco legal para que las personas reciban ayuda y apoyo para tomar decisiones sobre su salud, bienestar y propiedad, en acuerdos legalmente vinculantes. Esta asistencia es particularmente necesaria cuando la persona carece o puede carecer de la capacidad para tomar tales decisiones por sí misma. También establece nuevos arreglos para los quienes ejercen tutela judicial y para las personas que desean hacer un poder notarial duradero (*Enduring Power of Attorney*)⁵⁶.

Esta ley tiene como objetivo lograr varios de los requisitos contenidos en la CDPD, incluyendo⁵⁷:

- Principios generales de respeto, dignidad y libertad individual para tomar las propias decisiones.
- El derecho a igual reconocimiento ante la ley e igual acceso a la justicia.
- El derecho a gozar de capacidad legal en igualdad de condiciones que los demás.
- La protección de las PcD contra el abuso y la detención ilegal.
- El mismo derecho a poseer y heredar bienes y tener control de sus asuntos financieros.

La ley define la "capacidad" como "capacidad de toma de decisiones", es decir, aquella de comprender, en el momento en que se debe tomar una decisión, la naturaleza y las consecuencias de la decisión que una persona deba tomar en el contexto de sus opciones disponibles en ese momento. Por tanto, las

⁵³ Inclusion Ireland (s/f).

⁵⁴ Inclusion Ireland (2016:1).

⁵⁵ Inclusion Ireland (s/f).

⁵⁶ Citizens Information Board (2016:6).

⁵⁷ Citizens Information Board (2016:1).

disposiciones de la nueva ley no se limitan a las PcD, sino que se aplican a cualquier persona (siempre que sea adulta) cuya capacidad de toma de decisiones se encuentre en "cuestión"⁵⁸.

La capacidad de toma de decisiones se presume, pero se puede demostrar la falta de dicha capacidad utilizando una prueba funcional para evaluarla⁵⁹. Según la ley⁶⁰, una persona carece de capacidad para tomar una decisión si no puede: a) comprender la información relevante a la decisión, b) retener esa información el tiempo suficiente para hacer una elección voluntaria, c) usar o ponderar esa información como parte del proceso de toma de decisión, o d) comunicar su decisión de cualquier manera que se comuniquen (ya sea hablando, escribiendo, utilizando lenguaje de señas, tecnología de asistencia o cualquier otro medio). La información relevante a la decisión debe darse de manera que la persona pueda entender, por ejemplo, utilizando un lenguaje claro, ayudas visuales, etc.

e. Perú

En Perú, el reconocimiento legal de la capacidad jurídica de las PcDICPS se concretó en la Ley N° 29.973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012 y reglamentada en abril de 2014⁶¹. En su artículo 9.1 reconoce que la PcD "tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás" y encomienda al Código Civil regular los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones. En particular, se detallan los derechos que el Estado debe garantizar a la PcD, tanto en el ámbito patrimonial como personal, tales como el derecho a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad (art. 9.2 Ley N° 29.973).

La Ley N° 29.973 establece, por primera vez en una norma interna del Estado peruano, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 11), así como el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad (art. 12)⁶².

En su artículo 9.1, la citada ley encomienda al Código Civil peruano regular los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran las PcD para la toma de decisiones. En cumplimiento de tal mandato legal, el Decreto Legislativo N° 1.384, de 4 de septiembre de 2018, modificó el Código Civil, reconociendo la capacidad de ejercicio plena a las personas mayores de 18 años, incluyendo a las PcD y en las mismas condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida, aunque usen o requieran de ajustes razonables o apoyos para manifestar su voluntad⁶³.

Asimismo, actualmente se permite que la manifestación de voluntad pueda expresarse "a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún

⁵⁸ Inclusion Ireland (2016:2).

⁵⁹ Inclusion Ireland (2016:2).

⁶⁰ Art. 3, Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015.

⁶¹ Decreto Supremo n.° 002-2014-MIMP, Reglamento de la Ley n.° 29.973, Ley General de la Persona con Discapacidad y sus modificatorias.

⁶² Sentencia. Tercer Juzgado de Familia de Cusco, p. 16.

⁶³ Art. 42 CC peruano.

medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona”⁶⁴.

2. Derogar las instituciones jurídicas de sustitución de la voluntad de las PcD

a. Alemania

En 1992 el Código Civil alemán fue reformado y se reemplazó la llamada incapacitación (*Behinderung*) por las vigentes instituciones de representación⁶⁵, contenidas en la Parte 3 del Libro 4 del BGB: la tutela (*Vormundschaft*)⁶⁶, aplicable solo a personas menores de 18 años de edad⁶⁷, la curatela (*Pflegschaft*) de los mayores de edad para situaciones específicas⁶⁸, y la curatela legal o asistencia jurídica a mayores (*Rechtliche Betreuung*). Desde entonces, no es posible incapacitar a un mayor de edad totalmente en sus derechos.

El régimen de curatela legal, que sustituyó a las antiguas tutela y curatela de mayores de edad⁶⁹, se encuentra regulada en la sección 1896 del Código Civil alemán⁷⁰:

(1) Si un mayor de edad⁷¹, debido a una enfermedad psíquica o a una minusvalía corporal, intelectual o emocional, no se puede ocupar de sus diligencias total o parcialmente, el Tribunal de Tutelas y Curatelas nombrará, a solicitud de éste, o de oficio, a un curador. La solicitud la puede realizar también alguien legalmente incapacitado. En tanto el mayor de edad no pueda ocuparse de sus diligencias por motivo de una minusvalía corporal, el curador sólo puede ser nombrado a solicitud del mayor de edad, salvo que éste no pueda manifestar su voluntad.

(1a) No se puede nombrar a un curador en contra de la libre voluntad del mayor de edad.

Como “administrador a tiempo limitado”, el curador legal se ocupa de las necesidades sociales y legales del tutelado y lo ayudan en su camino a una vida con determinación propia. La curatela legal no significa entonces que la persona pierda el derecho a determinar ella misma sobre su vida y sobre la manera de vivirla. Se trata solamente de un apoyo⁷².

⁶⁴ Art. 141 CC peruano.

⁶⁵ Otras figuras de representación son: el curator litis (*Prozesspfleger*); un tipo de defensor judicial encargado de actuar en nombre de la persona afectada en el procedimiento de solicitud de curatela legal (*Verfahrenspfleger*); y el defensor de menores que actúa a instancia de uno de los padres para la determinación de la paternidad y la reclamación de alimentos a favor de hijos menores (*Beistand*) (Hourdakís, 2013; Lucena, 2015).

⁶⁶ La tutela se concibe como un sustitutivo de los cuidados paternos (“*elterliche Sorge*”, autoridad parental o patria potestad).

⁶⁷ Es compatible con la curatela.

⁶⁸ Existen diversos tipos de curatelas: a) la curatela de complemento (*Ergänzungspflegschaft*); b) la curatela de un ausente (*Abwesenheitspflegschaft*); c) la curatela de un nasciturus (*Pflegschaft für eine Leibesfrucht*); d) la curatela de desconocidos (*Pflegschaft für unbekannte Beteiligte*); y e) la curatela de patrimonios colectivos sin personalidad jurídica (*Pflegschaft für gesammeltes Vermögen*) (Hourdakís, 2013).

⁶⁹ Las antiguas tutela (*Vormundschaft über Volljährige*, antiguas secciones 1896 a 1908 BGB) y curatela por razón de deficiencias mentales o físicas (*Gebrechlichkeitspflegschaft*, antigua sección 1910 BGB), ambas para las personas mayores de edad.

⁷⁰ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:8).

⁷¹ Aunque está dirigida a mayores de edad, también pueden ser sujetos de curatela legal las personas menores de edad cuya deficiencia persista en su mayoría de edad (Hourdakís, 2013).

⁷² Institut für transkulturelle Betreuung (2010:9).

Sin embargo, en sus observaciones al informe de Alemania del año 2011, el Comité CDPD señaló preocuparle que el instrumento jurídico de la tutela legal (*rechtliche Betreuung*), según lo dispuesto en el Código Civil alemán, sea incompatible con la Convención⁷³. En consecuencia, el Comité recomienda al Estado parte que, entre otras medidas, "elimine todas las formas de adopción de decisiones sustitutiva y las reemplace por un sistema en que dicha adopción se base en el apoyo, en consonancia con la observación general N° 1 (2014) del Comité sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley"⁷⁴.

b. Costa Rica

El Comité CDPD, en su informe de 2014, había expresado preocupación por los procedimientos de "interdicción" y de "declaratoria de insania mental", las que restringían el ejercicio del derecho a voto y el derecho de conformar un hogar y una familia⁷⁵.

La Ley N° 9.379 de 2014 eliminó tanto la curatela⁷⁶ (que requería la interdicción de la PcD) como la "declaratoria de insania" de las PcD⁷⁷. La curatela pasa a ser sustituida por la nueva figura del "garante para la igualdad jurídica de las PcD", quien tiene por objeto garantizar a las PcDICPS el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones⁷⁸.

c. Francia

Sin perjuicio de las reformas legislativas emprendidas en Francia respecto a sus medidas de protección a las PcDICPS, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su Informe originado en visita a Francia del 3 al 13 de octubre de 2017, se manifestó preocupada por ciertas disposiciones legales la que no estarían en consonancia con el artículo 12 de la Convención. Estas incluirían varias disposiciones del Código Civil, como los artículos 425 y 428 sobre medidas de protección judicial y el artículo 475 sobre regímenes de tutela⁷⁹.

En este contexto, la Relatora Especial alentó a las autoridades legislativas francesas revisar exhaustiva todo el marco normativo para completar el proceso de armonización legal con la CDPD, eliminar todos los regímenes de toma de decisiones sustituida y asegurar que las alternativas de toma de decisiones con apoyo estén disponibles para todas las PcD, independientemente del nivel de apoyo que necesiten para tomar decisiones informadas⁸⁰.

d. Irlanda

⁷³ Comité CDPD (2015:párr. 25).

⁷⁴ Comité CDPD (2015:párr. 26).

⁷⁵ Comité CDPD (2014), "Observaciones finales sobre el informe inicial de Costa Rica", párr. 21.

⁷⁶ Art. 30, Ley N° 9.379.

⁷⁷ Art. 32, Ley N° 9.379.

⁷⁸ Art. 5°, inc. 2°, Ley N° 9.379.

⁷⁹ Otras normas cuestionadas por la Relatora Especial son: artículos L5 y L200 del Código Electoral, sobre la suspensión del derecho al voto de personas bajo tutela y que prohíben que las personas bajo tutela total o parcial (*tutelle* o *curatelle*) se presenten a las elecciones y sean elegidas; el Código de Procedimiento Penal (por ejemplo, el artículo 256 que prohíbe a los adultos protegidos ser jurados de un tribunal de justicia); el Código de Procedimiento Civil (arts. 1213 y 1229 sobre procedimientos para establecer regímenes de tutela) y el Código de Salud Pública (Asamblea General NU, 2017:párr.19).

⁸⁰ Asamblea General NU, 2017:párr.19,62.

La Ley establece principios rectores que pretenden salvaguardar la autonomía y la dignidad de la PcD. Así, se presume que la persona tiene capacidad para tomar decisiones, a menos que se demuestre lo contrario. Por tanto, no debe realizarse ninguna "intervención" (acto judicial respecto de una persona a quien falte capacidad), a menos que sea necesaria y que se hayan tomado todas las medidas prácticas, sin éxito, para ayudar a la persona a tomar la decisión pertinente por sí misma⁸¹.

Además, cualquier acto realizado o una decisión tomada en virtud de la Ley debe realizarse de manera que minimice las restricciones a los derechos y libertades de acción de la persona y dé efecto, tanto como sea posible, a la voluntad y preferencia pasadas y presentes de la persona⁸².

e. Perú

Hasta la dictación de la Ley N° 29.973 de 2012 se consideraba absolutamente incapaces, al igual que las personas menores de 16 años de edad, a quienes se encontrasen, por cualquier causa, privados de discernimiento, así como a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pudiesen expresar su voluntad de manera indubitable⁸³. Estas categorías fueron derogadas por la señalada ley.

Luego, el Decreto Legislativo N° 1.384 de 2018, que modificó el Código Civil, eliminó la categoría de "incapaces relativos", la que pasa a llamarse "personas con capacidad de ejercicio restringida". En concordancia con el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las PcD, se excluyó de los casos de "personas con capacidad de ejercicio restringida" (contemplados en el art. 44 CC), a "los retardados mentales" y a "los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad". De esta manera, actualmente son personas con capacidad de ejercicio restringida: los menores de edad entre 16 y 18 años, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil⁸⁴. Se agregó a dicho listado a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiesen designado un apoyo previamente⁸⁵.

Asimismo, la curatela (regulada en el artículo 565 CC), que contenía tres numerarles, queda instituida (previa declaración judicial de interdicción), incluyendo las PcD, solo para el cumplimiento de objetivos específicos: "la administración de bienes" (numeral 2) y "asuntos determinados" (numeral 3), derogándose el numeral 1 del referido artículo que la instituía también para "los incapaces mayores de edad".

De este modo, se eliminó la curatela como mecanismo de sustitución de la voluntad para las PcD, limitando su aplicación a las señaladas personas con capacidad de ejercicio restringida. Las personas con capacidad de ejercicio restringida requieren contar con un representante legal que ejerza sus

⁸¹ Citizens Information Board (2016:2).

⁸² Citizens Information Board (2016:2).

⁸³ Art. 43 CC peruano.

⁸⁴ Art. 64 en relación con el art. 44, numerales 4, 5, 6, 7 y 8, CC peruano.

⁸⁵ Art. 44 numeral 9.

derechos, de acuerdo a las normas sobre patria potestad, tutela o curatela⁸⁶, y pueden, en todo caso, celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria⁸⁷.

3. Establecimiento de sistemas de apoyo y salvaguardias para el ejercicio der la capacidad jurídica de las PcD

a. Alemania

La legislación sobre igualdad para las PcD (*Behindertengleichstellungsgesetz, BGG*) no se refiere en forma particular al sistema de apoyos a las PcDICPS. Sin embargo, la Ley de asistencia (*Betreuungsrecht*), dispone que recibirán "asistencia y cuidado legal" (*Betreuung*) todo aquel mayor de 18 años carente de autogobernabilidad, lo que incluye a las personas que tienen una enfermedad o discapacidad mental. Si bien se trata de una ley general aplicable a toda PcD, tratándose de las PcDICPS, la curatela legal está regulada en el Código Civil alemán (BGB)⁸⁸.

Según el sistema legal alemán, el curador legal puede ser alguien a quien la persona interesada haya otorgado anteriormente un poder legal ("poder del curador" o *Vorsorgevollmacht*) o a quien un tribunal haya nombrado como tal. El "poder del curador" evita por lo general el nombramiento por el tribunal de un curador legal. En caso de no haberse otorgado dicho poder específicamente, es posible indicar cómo deberá ser la curatela en caso necesario mediante un "poder anticipado para el caso de incapacidad" (*Betreuungsverfügung*). Otra forma de previsión es la "disposición del paciente" (*Patientenverfügung*), mediante la cual se pueden disponer directamente detalles en lo referente al tratamiento médico al final de la vida⁸⁹.

La asistencia puede ser solicitada personalmente por la persona que lo requiera o por un tercero. Eso se puede hacer de manera verbal o por escrito ante un Tribunal de Tutelas y Curatelas (*Betreuungsgericht*)⁹⁰. Sin embargo, si la persona asistida manifiesta su voluntad de no ser tutelado, la curatela legal no podrá ser impuesta en contra de su voluntad⁹¹.

El curador legal es nombrado sólo para el ámbito de las funciones imprescindibles⁹² y podrá ampliarse si fuere necesario⁹³. Las acciones de asistencia pueden ser en materia legal y patrimonial, cuando sea necesario. El Tribunal de Tutelas y Curatelas instituye la curatela legal solo durante el tiempo necesario, con una duración máxima de siete años. Al transcurrir este plazo se evalúa nuevamente la necesidad de ésta y se decide si se levanta o si se prorroga⁹⁴.

En la elección del curador legal se deben tomar en consideración los deseos de la persona afectada y preferentemente se nombra a personas relacionadas personalmente con ella. Si la persona no propone

⁸⁶ Art. 45-A CC peruano.

⁸⁷ Art. 1.358 CC peruano.

⁸⁸ Arts. 1896 a 1908i BGB.

⁸⁹ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:7).

⁹⁰ Sección 1896, BGB.

⁹¹ Sección 1896 n° 4, BGB.

⁹² Sección 1896 n° 1, BGB.

⁹³ Sección 1908d n° 3, BGB.

⁹⁴ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:8).

a nadie, el juez buscará a personas apropiadas, siguiendo las sugerencias de las Autoridades de Tutelas y Curatelas⁹⁵.

Durante la conducción de la curatela legal el curador se encuentra bajo control judicial pues representa a la persona tutelada judicial y extrajudicialmente. Estas acciones deben ser discutidas previamente con la persona afectada. Pero, la voluntad de esta última no debe considerarse si se perjudica a sí misma por su forma de actuar, por ejemplo, si el actuar de la persona afectada representa un peligro para su patrimonio o para su salud⁹⁶. En estos casos, el Tribunal de Tutelas y Curatelas puede ordenar que la persona afectada deba requerir la conformidad del curador legal para realizar una declaración de voluntad respecto del ámbito de funciones del asistente (reserva de consentimiento)⁹⁷.

Esta reserva de derecho no cubre las declaraciones de voluntad relativas a la celebración de un matrimonio o una unión civil, ni a disposiciones a actos jurídicos que se producen o tienen efecto tras el fallecimiento de una persona, a declaraciones de voluntad para las que se encuentre facultada la persona con capacidad limitada, cuando de tales declaraciones solo se deriven ventajas jurídicas para ella misma o cuando la declaración de voluntad se refiera a asuntos cotidianos de menor entidad. En estos casos, podrá actuar sin necesidad de contar con el consentimiento de su representante legal⁹⁸.

Las principales tareas del curador legal incluyen⁹⁹:

- Participar en la decisión respecto a qué medidas de salud son necesarias en interés del afectado, como la atención médica y sanitaria, la implementación de recursos de ayuda, el inicio y consentimiento de medidas terapéuticas, la realización de exámenes preventivos, el consentimiento de operaciones quirúrgicas, y el garantizar la toma de medicamentos.
- La reglamentación de todas las cuestiones financieras, como la determinación, la reclamación y la solicitud de ingresos (ayuda social, renta, subsidio o ayuda por desempleo, subsidio por enfermedad, necesidades de manutención), la liberación de pagos adicionales, la solicitud de descuentos y ventajas; el control o supervisión de ingresos y gastos y la administración de cuentas bancarias y de masas patrimoniales, la distribución del dinero, la administración de inmuebles y la regulación de deudas y de costes. Si bien la curatela legal no limita automáticamente la libre capacidad jurídica de la persona afectada y ésta puede acordar negocios y contratos independientemente, su capacidad contractual se verá reducida cuando en la administración de bienes se establezca una reserva de consentimiento. En este caso, los contratos formalizados por la persona bajo curatela legal quedan pendientes de validez y el curador legal decidirá sobre la validez legal del contrato. Si están de acuerdo, el negocio jurídico tendrá validez; en caso contrario, serán nulos.
- Realizar solicitudes, intercambiar correspondencia y realizar conversaciones telefónicas con las autoridades y dependencias públicas (por ejemplo, en asuntos de migración, servicio militar, pasaporte y contratos de trabajo, arriendo, seguro de vida, etc.).

⁹⁵ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:8).

⁹⁶ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:8).

⁹⁷ Sección 1903, n° 1, BGB.

⁹⁸ Sección 1903, n° 2 y 3, BGB.

⁹⁹ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:11-12).

- Llevar adelante las comunicaciones del afectado y la recepción, apertura y retención de su correspondencia.
- Determinar y trasladar el lugar de residencia del mismo, aún en contra de la voluntad de éste. La rescisión de la vivienda es posible sólo con autorización judicial.
- Bajo ciertas condiciones (por ejemplo cuando existe el peligro de considerable daño a sí misma o de suicidio) puede internarse a la persona tutelada en una institución cerrada (por ejemplo en una clínica psiquiátrica) o en un departamento cerrado, por ejemplo de un hospital o de un hogar de ancianos¹⁰⁰.

Pueden ser curadores legales: 1) un curador *ad honorem* (familiares o amigos), 2) un curador profesional autónomo, 3) un miembro de una asociación de curatela (curador asociado), o 4) un centro de curatela (trabajadores que son nombrados curadores de oficio).

b. Costa Rica

En 2014, el Comité recomendó a Costa Rica el establecimiento de mecanismos de salvaguarda para estas personas y el desarrollo de un sistema de apoyo en el proceso de toma de decisiones “respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona”. Para estos efectos, la Ley N° 9.379 establece que el derecho a la autonomía personal involucra: 1) la asistencia personal humana, 2) los productos de apoyo que requieran para su ejercicio y 3) el acceso al garante para la igualdad jurídica de las PcD¹⁰¹. Asimismo, el Estado debe procurar el acceso de estas personas a estos apoyos; procurar medidas efectivas para garantizar su participación en los procesos de toma de decisiones y diseñar, establecer e implementar la salvaguardia¹⁰².

De este modo, se distingue entre las personas que brindan el apoyo, esto es, el garante para la igualdad jurídica y el asistente personal, y los productos y servicios de apoyo propiamente tales:

- El asistente personal es la “persona mayor de dieciocho años capacitada para brindarle a la PcD servicios de apoyo en la realización de las actividades de la vida diaria, a cambio de una remuneración”¹⁰³. La finalidad de la asistencia personal humana es contribuir con el ejercicio del derecho a la autonomía personal de las PcD en general. Para ello, la propia PcD (o en conjunto con otra persona) elabora un Plan Individual de Apoyo, que determina el tipo de soporte que requiere para realizar sus actividades básicas diarias, la intensidad del apoyo y el número de horas al día que precisa¹⁰⁴.

Este plan es avalado por profesionales del Programa de Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis). Se trata de un mecanismo selectivo, pues solo pueden acceder a esta asistencia estatal las PcD que la requieran (comprobado con certificación de discapacidad) y que, además,

¹⁰⁰ Institut für transkulturelle Betreuung (2010:13-14).

¹⁰¹ Art. 2°, letra d), Ley N° 9.379.

¹⁰² Art. 4° Ley N° 9.379.

¹⁰³ Art. 2°, letra k), Ley N° 9.379.

¹⁰⁴ Art. 13 Ley N° 9.379.

no cuenten con los recursos económicos suficientes para costearla (según certificación de pobreza)¹⁰⁵. La formación, capacitación y certificación de las personas asistentes personales corresponden al Instituto Nacional de Aprendizaje (INA)¹⁰⁶.

- Los productos y servicios de apoyo son los “dispositivos, equipos, instrumentos, tecnologías, *software* y todas aquellas acciones y productos diseñados o disponibles en el mercado para propiciar la autonomía personal de las PcD”¹⁰⁷.
- El garante para la igualdad jurídica de las PcD, que tiene por objeto garantizar a las PcDICPS el ejercicio seguro y efectivo de sus derechos y obligaciones¹⁰⁸, debe ser una persona mayor de 18 años, y solo en el caso de PcDICPS que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado podrá ser garante una persona jurídica¹⁰⁹.

Cabe reseñar que la Ley N° 9.379 define las salvaguardias como “mecanismos o garantías adecuadas y efectivas establecidas por el Estado costarricense, en el ordenamiento jurídico, para el reconocimiento pleno de la igualdad jurídica y del derecho a la ciudadanía de todas las PcD”¹¹⁰. El objetivo de la salvaguardia es mitigar que las PcD sufran abusos y/o influencias indebidas en detrimento de su calidad de vida. Esta debe ser diseñada e implementada respetando los derechos, voluntad, preferencias e intereses de la PcD; proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona; aplicada en el corto plazo y sujeta a exámenes periódicos por parte de la autoridad¹¹¹.

La Ley N° 9.379 establece en su artículo 11 un detallado catálogo de obligaciones a que se halla sujeta la persona garante para la igualdad jurídica respecto de la PcD, entre las que se encuentran el deber de no actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la PcD; apoyarla especialmente al contraer matrimonio y acceso a tomar decisiones de planificación familiar, en el ámbito legal, financiero y patrimonial, en materia de sus derechos sexuales y reproductivos, sin ejercer presión sobre ella.

El apoyo está sujeto a revisión en cualquier momento por parte de la PcD, sus familiares o la institución u ONG que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales a la PcD, y de oficio judicialmente cada cinco años¹¹².

c. Francia

En el derecho francés, las medidas de protección jurídica de las personas mayores de edad (incluyendo a las PcD) deben respetar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad¹¹³. Por tanto, solo se tomarían medidas de protección cuando fueren necesarias y si la alteración de las facultades se

¹⁰⁵ Arts. 14 y 15 Ley N° 9.379.

¹⁰⁶ Art. 41 Reglamento N° 41.087.

¹⁰⁷ Art. 2°, letra e), Ley N° 9.379.

¹⁰⁸ Art. 5°, inc. 2°, Ley N° 9.379.

¹⁰⁹ Art. 2°, letra l), Ley N° 9.379.

¹¹⁰ Art. 2°, letra g), Ley N° 9.379.

¹¹¹ Art. 2°, letra g) inc. 2°, Ley N° 9.379.

¹¹² Art. 9° Ley N° 9.379.

¹¹³ Art. 428 CC francés: “La medida es proporcionada e individualizada según el grado de alteración de las facultades personales de la persona interesada”.

demuestra mediante un certificado médico detallado; deben ser subsidiarias, es decir que el juez solo puede decidir su adopción cuando no puedan aplicarse otras medidas menos restrictivas y deben ser proporcionadas, es decir, adaptadas a cada caso en particular¹¹⁴.

Asimismo, la medida de protección solo puede ser ordenada por el juez después de oír a la persona interesada, salvo que su estado no lo permita, pudiendo contar con la asistencia de un abogado. Debe tratarse sistemáticamente de obtener el consentimiento de la persona durante la audiencia. En principio, las medidas adoptadas deben ser objeto de revisión cada cinco años¹¹⁵.

Las medidas de protección aplicables a la capacidad jurídica de una persona se clasifican, según su importancia, en: 1) tutela provisional, 2) custodia y 3) tutela. Así, la tutela, que es la medida más grave, solo puede imponerse en caso de que sea necesario que la persona sea representada sistemáticamente en los actos de la vida civil. Incluso en este caso la ley francesa excluye ciertos actos considerados estrictamente personales, respecto de los cuales no es posible tomar una decisión en nombre del adulto protegido¹¹⁶.

Otros actos importantes de la vida civil, como el matrimonio, pueden requerir no solo el consentimiento de la persona, sino también su autorización, por las obligaciones personales y patrimoniales que generan. Por último, en un dictamen de 16 de abril de 2015 sobre el consentimiento de las personas vulnerables, la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos (CNCDH)¹¹⁷ destacó que “el concepto de consentimiento graduado introducido en virtud de la Ley de 5 de marzo de 2007 ha contribuido a tener en cuenta la autonomía de la persona protegida o vulnerable”¹¹⁸.

Además de las medidas de protección jurídica ya mencionadas anteriormente (tutela provisional, custodia y tutela), el legislador francés ha previsto otras medidas para apoyar a las personas más vulnerables en el ejercicio de sus derechos¹¹⁹. Se trata de mecanismos de apoyo cuya finalidad es proporcionar una mayor autonomía a las personas con grandes dificultades sociales y económicas. Según el informe francés de 2016 al Comité CDPD, junto con los planes de protección jurídica convencionales, estos mecanismos establecerían una verdadera gradación basada en situaciones particulares y priorizando en cada caso los procesos de apoyo más que de sustitución. Estos son:

- La persona de confianza¹²⁰: permite que la persona protegida designe a una “persona de confianza” (familiar, allegado o médico responsable) para que la ayude, aconseje y acompañe

¹¹⁴ Comité CDPD (2016:párr. 113-114).

¹¹⁵ Comité CDPD (2016:párr. 115).

¹¹⁶ Art. 458, Código Civil francés: “Con sujeción a las disposiciones especiales previstas en la ley, los actos cuya naturaleza exige un consentimiento estrictamente personal nunca pueden dar lugar a asistencia o representación de la persona protegida. Se consideran estrictamente personales, la declaración del nacimiento de un hijo, su reconocimiento, el ejercicio de la patria potestad, la declaración de la elección o el cambio de nombre del niño y el consentimiento para la propia adopción o la del hijo”.

¹¹⁷ La CNCDH es la institución nacional de derechos humanos de Francia creada en 1947 (Comité CDPD (2016), “Informe inicial que Francia debía presentar en 2012 en virtud del artículo 35 de la Convención”, párr. 17).

¹¹⁸ Comité CDPD (2016), “Informe inicial que Francia debía presentar en 2012 en virtud del artículo 35 de la Convención”, párr. 116.

¹¹⁹ Comité CDPD (2016:párr. 120).

¹²⁰ Art. L.1111-6, Código de Salud Pública.

cuando sea necesario (sea para expresar su voluntad o tenga dificultades para conocer o comprender sus derechos)¹²¹.

- Medidas de apoyo para la gestión de prestaciones sociales: están destinadas a ayudar a las personas adultas cuyas facultades no estén alteradas pero que tengan grandes dificultades de comunicación y perciban prestaciones sociales. Su objetivo es evitar que un deterioro de la situación genere la necesidad de custodia o tutela¹²². Hay dos tipos de medidas de apoyo:
 - ✓ El apoyo social personalizado¹²³: es una medida administrativa que permite que las personas vuelvan a gestionar sus prestaciones sociales de forma autónoma y prevenir los riesgos para la salud y la seguridad física. Para ello, recibe asistencia para tal gestión y apoyo social individualizado, en forma de un contrato entre la autoridad y el interesado¹²⁴.
 - ✓ El apoyo judicial personalizado¹²⁵: también tiene por objeto restablecer la autonomía de una persona para gestionar sus recursos, cuando el apoyo social personalizado no le haya permitido una gestión satisfactoria de sus prestaciones y su salud o su seguridad estén en peligro. Esta medida de apoyo tiene carácter obligatorio, pues es ordenada por el juez, sin que por ello entrañe la incapacidad jurídica. La persona puede realizar todos los actos de la vida civil¹²⁶.
- Convenio AERAS (Obtención de Seguro y Préstamo con un Riesgo Agravado para la Salud): permite a las personas que tengan o hayan tenido un problema de salud grave o una discapacidad obtener un préstamo de vivienda o un crédito al consumo más fácilmente y sin necesidad de completar un cuestionario médico¹²⁷.

d. Irlanda

La Ley de Toma de Decisiones Asistida (Capacidad) de 2015 crea en el ordenamiento jurídico irlandés tres nuevos sistemas de apoyo a la toma de decisiones para responder a la gama de necesidades que las personas pueden tener, a saber^{128 129}:

- En la asistencia en la toma de decisiones (*decision-making assistance*)¹³⁰, la persona cuya capacidad está en cuestión (o cree que lo estará en un futuro cercano) elige a otra persona (por ejemplo, un miembro de la familia o cuidador), para que la ayude a acceder a la información o para entender, tomar o expresar decisiones sobre su bienestar, sus bienes y sus asuntos. Esto se hace mediante la celebración de un acuerdo de toma de decisiones, en el que se señalan qué decisiones están involucradas y puede ser modificado conjuntamente o revocado por cualquiera de las partes.

¹²¹ Comité CDPD (2016:párr. 121).

¹²² Comité CDPD (2016:párr. 123).

¹²³ Arts. L.271-1 y ss., Código de Acción Social y de la Familia.

¹²⁴ Comité CDPD (2016:párr. 124).

¹²⁵ Arts. 495 y ss., Código Civil.

¹²⁶ Comité CDPD (2016:párr. 125).

¹²⁷ Art. L.1141-2, Código de Salud Pública.

¹²⁸ Inclusion Ireland (2016:2-3).

¹²⁹ Citizens Information Board (2016:2-4).

¹³⁰ Art. 10, Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015.

Una persona puede tener más de un asistente de toma de decisiones para actuar en forma conjunta o por separado. El asistente debe ayudar a la persona que toma la decisión a obtener la información que requiera, le explicará la información y obtendrá su voluntad y preferencia en relación con la decisión. Si es necesario, el asistente comunicará la decisión y hará un seguimiento de la decisión para asegurarse que sea implementada.

En esta figura, el asistente no toma la decisión en nombre de la persona y toda decisión se considera como tomada solo por la segunda.

- En la toma de decisiones conjunta o codecisión (*co-decision-making*)¹³¹, en la misma situación anterior, una persona puede designar a otra para que tome conjuntamente con ella una o más decisiones sobre su bienestar, sus bienes¹³² y sus asuntos. El codecisor debe ser un pariente o amigo con el que la persona tiene una relación de confianza construida sobre la base de un período de contacto personal. Su nombramiento se realiza por escrito en un Acuerdo de toma de decisión conjunta, que debe ejecutarse de la misma manera que un testamento, por ejemplo, ante dos testigos.

El codecisor debe obtener la información necesaria para tomar la decisión, asesorar al interesado sobre las decisiones y tomar estas en conjunto, en función de su voluntad y preferencias. El codecisor debe ayudar a la persona a expresar la decisión y garantizará que esta se implemente.

- En la representación en la toma de decisiones (*decision-making representation*)¹³³, o decisiones tomadas por el tribunal, la persona que desee ser un representante debe solicitar al tribunal poderes para tomar decisiones sobre bienestar personal y/o propiedad. Esta opción está destinada a las personas quienes no pueden tomar decisiones, incluso asistidas.

El representante procede solo si un asistente o un codecisor no son adecuados o no están disponibles. El tribunal considerará la voluntad y las preferencias del interesado, las estructuras familiares y la idoneidad del solicitante.

El representante, en la medida de lo posible, debe tomar decisiones basadas en la voluntad y preferencias de la persona afectada y debe enviar informes al Director del Servicio Apoyo a la Decisión (*Decision Support Service, DSS*) y llevar cuentas y registros. Las funciones de tales representantes deben estar tan limitadas en alcance y duración como sea razonablemente posible.

La ley prohíbe específicamente a los representantes de toma de decisiones realizar cualquiera de las siguientes acciones¹³⁴:

- ✓ Evitar que una persona en particular tenga contacto con la persona representada.
- ✓ Tomar cualquier decisión no especificada en la orden judicial en nombre de la persona representada.
- ✓ Disponer de cualquier parte de los bienes de la persona representada sin la aprobación del tribunal.

¹³¹ Art. 17, Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015.

¹³² Pero no puede incluir la posibilidad de disponer de la propiedad como regalo.

¹³³ Art. 10, Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015.

¹³⁴ Citizens Information Board (2016:4).

- ✓ Realizar cualquier acto con la intención de restringir físicamente a la persona representada, a menos que existan circunstancias de emergencia excepcionales y solo en forma proporcional.

Por último, la Ley introduce una serie de delitos. Así, se considera delito obligar a otra persona a hacer, modificar o revocar un Acuerdo de Co-decisión y se sanciona en juicio sumario con una multa de clase A y/o prisión hasta por 12 meses, y en juicio condenatorio, con una multa de hasta 50.000 euros o prisión hasta cinco años¹³⁵.

e. Perú

El Decreto Legislativo N° 1.384 de 2018 estableció un sistema de apoyos y salvaguardias acorde con la Ley n.° 29.973, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 12 de la Convención. Luego, el 23 de enero de 2019, se aprobó el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, con el objetivo de establecer las reglas y procedimientos para que los operadores de justicia puedan hacer una correcta transición al sistema de apoyos, según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1.384, e implementar tal sistema de apoyos para las PcD que cuenten con una sentencia firme en la cual se les haya designado curador y a las que tengan proceso de interdicción en trámite, en el más breve plazo¹³⁶.

El Código Civil peruano vigente dispone que “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”¹³⁷. En todo caso, el Reglamento de la Ley N° 29.973 asegura a las PcD la disponibilidad y el acceso a “medicamentos de calidad, tecnologías de apoyo, dispositivos y la ayuda compensatoria necesaria para su atención, habilitación y rehabilitación, tomando en cuenta su condición socioeconómica”¹³⁸.

El ámbito de aplicación de los apoyos es amplio, pues, como se señaló, la PcD tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, tanto patrimonial como personal. En todos los casos, el Código Civil establece que la PcD puede solicitar o designar los apoyos que requiera de acuerdo a su libre elección¹³⁹.

En su rol de facilitadores, la Ley señala claramente que el apoyo no pueda representar a la persona que requiere asistencia, sino que esta última debe establecer tal facultad de representación en forma

¹³⁵ Citizens Information Board (2016:8).

¹³⁶ Ya en se destaca que en 2015 la jurisprudencia peruana se había adelantado a la acción del Poder Legislativo, haciendo aplicación directa de la Convención en la resolución de un caso de interdicción. El juez Edwin Béjar Rojas (primer juez peruano con discapacidad visual), titular del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, estableció en su fallo “un sistema de apoyo en la toma de decisiones en favor de los hermanos Velásquez Ciprián, a pesar de no encontrarse regulado tal sistema en el ordenamiento jurídico peruano”. En dicha sentencia, en línea con lo señalado por el Comité, el juez Béjar exhortó al Congreso a modificar la Constitución Política (artículo 7°) y el Código Civil, con el fin de adecuarlos a los mandatos de la Convención en cuanto al tratamiento de la capacidad jurídica de las PcDICPS (Bolaños Salazar, 2018:134).

¹³⁷ Art. 659-B, inc. 1°, CC peruano.

¹³⁸ Art. 33.1 Reglamento Ley N° 29.973.

¹³⁹ Art. 45 CC peruano.

expresa. Tratándose de PcD que no puedan manifestar su voluntad o de personas en estado de coma que no han designado apoyo, la facultad de representación debe ser otorgada por el juez¹⁴⁰.

Para interpretar la voluntad de la persona a quien se asiste, el apoyo debe aplicar el criterio de la mejor interpretación de la voluntad y para ello considera: la trayectoria de vida de la persona, manifestaciones de voluntad anteriores en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto¹⁴¹.

En general, toda PcD o persona mayor de edad que desee designar un apoyo puede hacerlo, sea judicial o notarialmente, siempre que pueda manifestar su voluntad¹⁴². Incluso, la persona de apoyo puede ser designada en forma preventiva, en caso de que la persona que designa llegara a necesitar asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica en el futuro¹⁴³.

La propia persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración, cantidad y directrices del apoyo a recibir, pudiendo recaer en una o más personas naturales, o bien en instituciones públicas o personas jurídicas especializadas¹⁴⁴. Asimismo, se permite disponer que determinadas personas o instituciones no puedan ser designadas apoyos. En especial, el documento que lo designa debe indicar cuándo o bajo qué circunstancias el apoyo futuro comenzará a surtir efecto¹⁴⁵.

Si la persona que requiere el apoyo no puede manifestar su voluntad o tiene su capacidad jurídica restringida (como puede ocurrir con las PcDICPS), el apoyo será designado por el juez¹⁴⁶. La designación judicial es excepcional, por cuanto ella se justifica solo si se hicieron esfuerzos reales para obtener una manifestación de voluntad de la persona, se le hubieren prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y el apoyo sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos.

En el caso anterior, para determinar a la persona de apoyo, el juez debe tomar en cuenta el tipo de relación entre las partes (convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco) y fijar el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. Asimismo, el juez debe intentar “obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona y atender a su trayectoria de vida” y, en especial, no puede designar como apoyos a personas condenadas por violencia familiar o sexual¹⁴⁷. La resolución final del juez debe inscribirse en el Registro Personal¹⁴⁸ y estar redactada en un formato y lenguaje sencillos y claros, de acuerdo a las necesidades de la PcD¹⁴⁹.

¹⁴⁰ Art. 659-E CC en relación con el art. 659-B, inc. 2°, CC peruano.

¹⁴¹ Art. 659-B, inc. 3°, CC peruano.

¹⁴² Arts. 45-B y 659-D CC; 842 CPC.

¹⁴³ Art. 659-F CC.

¹⁴⁴ Arts. 659-C CC; 846 CPC.

¹⁴⁵ Art. 659-F CC.

¹⁴⁶ Arts. 45-B y 659-A CC.

¹⁴⁷ Art. 659-E CC.

¹⁴⁸ De acuerdo al numeral noveno del actual artículo 2.030 del Código Civil, se inscriben en el Registro Personal, entre otros actos y resoluciones, las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que los dejen sin efecto.

¹⁴⁹ Art. 847 CPC.

Si bien cualquier persona mayor de edad puede solicitar la designación de un apoyo, en el caso de las PcD, el Código Procesal Civil exige que en la solicitud respectiva se indiquen las razones que motivan la solicitud¹⁵⁰ y se acompañe el certificado de discapacidad que acredite su condición¹⁵¹.

El actual Código Civil libera de responsabilidad al apoyo por las decisiones que toma la persona asistida, aun cuando tales decisiones hayan sido realizadas con dicho apoyo. Aun así, la persona asistida tiene derecho a repetir contra el apoyo. Este régimen de responsabilidad no afecta a las personas que se encuentran en estado de coma, pues estas no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa¹⁵².

La persona de apoyo está exenta de la obligación de garantizar su gestión, salvo que el juez así lo requiera, a pedido del consejo de familia¹⁵³. Sin embargo, para asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona asistida; prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda el apoyo y evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas, la ley permite la designación de salvaguardias¹⁵⁴.

Quien solicita el apoyo, o el juez en su caso, debe establecer las salvaguardias que estime convenientes y, como mínimo, debe indicar los plazos para la revisión de los apoyos. A su vez, el juez debe realizar audiencias y diligencias para determinar si la persona de apoyo está actuando conforme a su mandato y la voluntad y preferencias de la persona asistida¹⁵⁵. Esta revisión debe hacerse en forma periódica, en los plazos establecidos por el juez o jueza, a fin de determinar su idoneidad y continuidad, o incluso antes del plazo, cuando las circunstancias así lo ameriten¹⁵⁶.

Referencias

Asamblea General NU (2017). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Visita a Francia (40º período de sesiones, 2019). A/HRC/40/54/Add.1. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/40/54/ADD.1> (junio, 2019).

— (2018). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. (37º período de sesiones, 2018). A/HRC/37/56. Disponible en: <http://bcn.cl/2a83h> (junio, 2019).

¹⁵⁰ Art. 659-H CC peruano.

¹⁵¹ Art. 844 CPC.

¹⁵² Art. 1.976-A CC peruano.

¹⁵³ Art. 426 CC: “Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar: 1.- El importe de los bienes muebles. 2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes. 3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados”.

¹⁵⁴ Art. 659-G, inc. 1º, CC peruano.

¹⁵⁵ Art. 659-G, incs. 2º y 3º, CC peruano.

¹⁵⁶ Art. 5.5. Reglamento de Transición.

- Asamblea Legislativa (s/f). Reseña histórica de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, Ley n.º 8.661 [Costa Rica]. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yn> (junio, 2019).
- Bach, Michael; Kerzner, Lana (2010). A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity, pp. 14-16. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yo> (junio, 2019).
- Bach, M. (2009). The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities: Key concepts and directions from law reform. Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS). Ontario, Canadá. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7x3> (junio, 2019). Texto traducido al castellano por Bariffi F. y Serra M., Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.
- Bolaños Salazar, Eldar R. (2018), “La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los Derechos Humanos”, Tesis para optar al Título Profesional de Abogado, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú. Disponible en: <http://bcn.cl/2a82v> (junio, 2019).
- Citizens Information Board (2016:1). Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015. *Relate*, vol. 43: Issue 4. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yq> (junio, 2019).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL (2012). *Panorama Social de América Latina*. Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2a830> (junio, 2019).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH (2017a). Plan Estratégico 2017-2021. OEA/Ser.LV/II.161 Doc. 27/17. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6cu> (junio, 2019).
- (2017b). CIDH crea nuevas Unidades y anuncia nueva distribución de Relatorías [comunicado de prensa]. 24/05/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6cy> (junio, 2019).
- (2018). CIDH convoca para participar en consulta pública de la Unidad sobre Derechos de las Personas con Discapacidad [comunicado de prensa]. 16/05/2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6d3> (junio, 2019).
- Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, CEDDIS (2009). Informe Nacional de Chile "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad". OEA/Ser.L/XXIV.2.2. CEDDIS/doc.47/08. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6c2> (junio, 2019).
- (2016). Chile [Evaluación (resumen ejecutivo)]. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6cm> (junio, 2019).
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comité CDPD (2014a). Observación general N°1 sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1 y su corrección al párrafo 27 (2018), CRPD/C/GC/1/Corr.1. Ambos disponibles en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc (junio, 2019).
- (2014b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Costa Rica. CRPD/C/CRI/CO/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yt> (junio, 2019).

- (2015). Observaciones finales sobre el informe inicial de Alemania. CRPD/C/DEU/CO/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yu> (junio, 2019).
- (2016a). Informe inicial que Francia debía presentar en 2012 en virtud del artículo 35 de la Convención. CRPD/C/FRA/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a82w> (junio, 2019).
- (2016b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile”. CRPD/C/CHL/CO/1. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yv> (junio, 2019).
- (2011). Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention Initial reports of States parties. Germany. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6wt> (junio, 2019).

Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, Conapdis y Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, MIMDES (2009). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: http://bvs.minsa.gob.pe/local/minsa/1147_GOB497.pdf (junio, 2019).

Del Águila Umeres, Luis Miguel (s/f). Informe para un estudio sobre los mecanismos para implementar y monitorear la ‘Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad’-CDPD. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yw> (junio, 2019).

Dinerstein, Robert D. (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, Vol. 19 Issue 2. American University, Washington College of Law. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yx> (junio, 2019).

European Union Agency for Fundamental Rights, FRA (s/f-a). People with disabilities. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/theme/people-disabilities> (junio, 2019).

— (s/f-b). Marco de la UE relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yy> (junio, 2019).

— (s/f-c). Who we are. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/about-fra/who-we-are> (junio, 2019).

— (2013). Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7yz> (junio, 2019).

— (2015). Table 2: Examples of reforms to legal capacity legislation linked to CRPD accession. En: Implementing the UN CRPD: An overview of legal reforms in EU Member States (Paper). Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-focus-05-2015-crpd_en.pdf (junio, 2019).

— (2018a). From institutions to community living for persons with disabilities: perspectives from the ground. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z0> (junio, 2019).

— (2018b). Libertad de elección y libertad de decisión para las personas con discapacidad (Comunicado de prensa de la FRA (Viena / Bruselas, 4 de diciembre de 2018). Disponible en:

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/pr-2018-independent-living-reality_es.pdf
(junio, 2019).

Gómez, Jesica. (2015). La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, (62), 113-146.

Hourdakis, Pablo (2013). Tutela en Alemania. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z1> (junio, 2019).

Inclusion Ireland, National Association for People with an Intellectual Disability (2016). Assisted Decision-Making - What does it mean? Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z2> (junio, 2019).

— (s/f). Assisted Decision-Making (Capacity). Disponible en: <https://www.inclusionireland.ie/capacity> (junio, 2019).

Kruse, Katja y Tenberger, Sebastian (2017) 18 werden mit Behinderung - Was ändert sich bei Volljährigkeit?. Bundesverband für körper- und mehrfachbehinderte Menschen-bvkm. Disponible en: <http://bcn.cl/2a59m> (junio, 2019).

Mental Health Europe, MHE (2017). Annex: Analysis of EU Member States legislation. Autonomy, choice and the importance of supported-decision making for persons with psychosocial disabilities: MHE Position Paper on Article 12 UN CRPD on legal capacity. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z3> (junio, 2019).

Ministerio de Justicia España (2018). Memoria del análisis de impacto normativo, Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en: <http://bcn.cl/2a82y> (junio, 2019).

Stang Alva, María Fernanda (2011). Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real. CEPAL, *Serie Población y Desarrollo N°103*. Disponible en: <http://bcn.cl/2a6ha> (junio, 2019).

United Nations Treaty Collection, UNTC (2019). 15. Convention on the Rights of Persons with Disabilities [status al 02-06-2019]. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z4> (junio, 2019).

Legislación y jurisprudencia

1. Derecho Internacional

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z4> (junio, 2019).

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Disponible en: <http://bcn.cl/2a7z5> (junio, 2019).

2. Derecho nacional

a. Alemania

- Ley sobre igualdad para las personas con discapacidad (*Behindertengleichstellungsgesetz, BGG*). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgg/BGG.pdf> (junio, 2019).
- Ley de asistencia (*Betreuungsrecht*). Marzo de 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2a59o> (junio, 2019).
- Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, 1896). Disponible en: <http://bcn.cl/2a3po> (junio, 2019).
- Ley Básica de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*) de 1949. Disponible en: <http://bcn.cl/25g2r> (junio, 2019).
- Ley de igualdad de derechos para las personas con discapacidad (*Behindertengleichstellungsgesetz, BGG*). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgg/BGG.pdf> (junio, 2019).

b. Costa Rica

- Ley N° 9.379 para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/promocionautonomiapersonal.pdf> (junio, 2019).
- Reglamento n° 41.087. Disponible en: <http://bcn.cl/2a832> (junio, 2019).

c. Francia

- Código Civil (*Code Civil*). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (junio, 2019).
- Código de Salud Pública (*Code de la santé publique*). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> (junio, 2019).
- Código de Acción Social y de la Familia (*Code de l'action sociale et des familles*). Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074069> (junio, 2019).

d. Irlanda

- Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015. Disponible en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/enacted/en/html> (junio, 2019).
-

e. Perú

- Ley N° 29.973, Ley General de la Persona con Discapacidad de 2012. Disponible en: <http://bcn.cl/2a834> (junio, 2019).
- Decreto Legislativo N° 1.384 de 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2a83a> (junio, 2019).
- Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, Reglamento de la Ley n.° 29.973, Ley General de la Persona con Discapacidad y sus modificatorias de 2014. Disponible en: <http://bcn.cl/2a83b> (junio, 2019).
- Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad (Resolución Administrativa N° 046-2019-CE-PJ). Disponible en: <http://bcn.cl/2a83d>

- Sentencia. Tercer Juzgado de Familia de Cusco, Exp. n.º 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Disponible en: <http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/SENTENCIA-CUSCO1.pdf> (junio, 2019).

Anteproyectos y proyectos de ley

a. Colombia

- Proyecto de ley por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Disponible en: <http://www.camara.gov.co/capacidad-legal> (junio, 2019).

b. España

- Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/32/showToc> (junio, 2019).

ANEXO

**Sistemas de Apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD
(Artículo 12 sobre capacidad jurídica de la CDPD)**

Tabla n° 1: Los tipos de apoyo en la toma de decisiones de las PcD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Legislación de los países miembros de la UE (2017)

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
Alemania	Sí - Tutela (parcial). La tutela completa abolida en 1989	Tercera ley de enmienda de la Ley de Tutela de Adultos de 2009. El artículo 1901a del Código Civil alemán (BGB) regula un testamento vital por ley que permite directrices anticipadas para documentar preferencias de tratamiento médico en ciertas situaciones.	Basado en la Ley de Medidas Médicas Coercitivas: - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad otorgada a alternativa menos restrictiva
Austria	Sí - 3 tipos de tutela, incluida la tutela plena	La elaboración de directrices avanzadas es posible en virtud de la Ley de Tutela Legal y las personas pueden nombrar a alguien de confianza como su futuro representante cuando aún tienen la capacidad jurídica necesaria y tienen el derecho de declarar su preferencia con respecto a un potencial futuro tutor legal en un nombramiento escrito de tutela legal.	Sobre la base de la Ley de Internación Forzosa - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a las alternativas menos restrictivas
Bélgica	Sí - un administrador provisional	Reforma legislativa en 2014: Se puede nombrar a un consejero para prestar asistencia a la persona; sin embargo, son nombrados por el Tribunal y sólo para determinados asuntos. La persona protegida puede nombrar un administrador fiduciario (<i>trustee</i>) que actúa como intermediario entre ella y el administrador.	Basado en la Ley de Derechos del Paciente y la Ley de Protección a los Afectados por Enfermedades Mentales - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva
Bulgaria	Sí - tutela plena (total) o parcial	La reforma que permite medidas de toma de decisión asistida se está debatiendo en la actualidad	Sobre la base de la Ley de Salud - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
Croacia	Sí - tutela parcial pero sólo como medida de último recurso. La tutela completa fue abolida por la Ley de Familia de Croacia en 2015. La legislación también eliminó por completo la posibilidad de denegar la capacidad jurídica en determinados ámbitos, como el reconocimiento de la paternidad o la participación en investigaciones biomédicas	Se pueden realizar directrices avanzadas de acuerdo con la Ley de Familia de Croacia de 2015	Sobre la base de la Ley de Protección de las Personas con Discapacidad Mental - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros
Chipre	Sí - tutela plena (total)	No, sin embargo, siguiendo las recomendaciones de la Convención, se creó un grupo de trabajo para examinar el asunto	Basado en la Ley de Hospitalización Psiquiátrica y en la Ley del Derecho del Paciente - existencia de un problema de salud mental, - incapacidad para expresar sus propias opiniones - necesidad de tratamiento. La legislación de Chipre es interesante en el sentido de que en ella se autoriza la colocación y el tratamiento forzosos del/de la paciente cuando éste/ésta no esté en condiciones, como resultado de su estado mental o físico, para expresar su voluntad y sea necesaria la prestación inmediata de atención de salud, excepto si es obvio de los deseos expresados previamente por el/la paciente que él/ella se negaría a tal tratamiento/cuidado"
Dinamarca	Sí- tutela parcial y plena, pero el régimen no implica una pérdida de capacidad jurídica. La co-decisión o toma conjunta de decisión también es posible a petición de la persona asistida.	La Ley de Tutela de 1995: para las decisiones relativas al alojamiento, la participación y a asuntos personales, la persona es asistida por abogados/asistentes que apoyan al cliente.	Basado en la Ley de Coerción en Psiquiatría - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - Prioridad a la alternativa menos restrictiva. - para fines terapéuticos

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
Eslovaquia	Sí- tutela total o parcial	No. La Comisión de Recodificación del nuevo Código Civil está examinando el concepto de capacidad jurídica con una sección sobre "medidas de asistencia (apoyo)" para las personas con discapacidad.	Sobre la base de la Ley de Atención de Salud - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo u otros - para fines terapéuticos
Eslovenia	Sí- tutela total o parcial	No	Basado en la Ley de salud mental de 2008 - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad dada a una alternativa menos restrictiva - con fines terapéuticos
España	Sí - tutela y curatela, fideicomiso (<i>trusteeship</i>)	No	Basado en la Ley de Autonomía del Paciente - existencia de un problema de salud mental, - con fines terapéuticos
Estonia	Sí - Tutela	No	Basado en la Ley de Salud Mental - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad dada a una alternativa menos restrictiva
Finlandia	Sí - Tutela total o parcial	No	Basado en la Ley de salud mental - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva - con fines terapéuticos
Francia	Sí - 3 tipos: salvaguardia judicial, curatela y tutela	Poder ante abogado, sistema de "proyecto personal", medidas personalizadas de asistencia social ("MASP"), medidas personalizadas de asistencia jurídica ("MAJ")	Basado en el Código de Salud Pública y la Ley sobre los Derechos de las personas sometidas a tratamiento psiquiátrico ^[2] - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva - con fines terapéuticos
Grecia	Sí- tutela total o parcial	No	Basado en la Ley de servicios forzados de salud mental - existencia de un problema de salud mental,

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
			<ul style="list-style-type: none"> - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva
Hungría	Sí- tutela total o parcial	En 2013 se propuso una nueva ley sobre la toma de decisiones asistida, pero - según lo informado- rara vez la utiliza el tribunal.	Basado en la Ley de Atención de Salud <ul style="list-style-type: none"> - la existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva
Irlanda	Sí - El régimen de tutela ha sido abolido recientemente por la Ley de Toma de Decisión Asistida de 2015. Sin embargo, todavía puede denegarse la capacidad en determinadas circunstancias cuando se considera que una persona carece de capacidad para tomar una determinada decisión y un Tribunal puede nombrar un representante en la toma de decisiones, pero se tiene en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona.	La Ley de Toma de Decisión Asistida de 2015 introdujo la toma de decisiones asistida así como la toma de codecisión y es una mejora considerable del antiguo sistema de tutela judicial que derogó la arcaica Ley sobre Locura en Diciembre de 2015.	Basado en la Ley de Salud Mental <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros - con fines terapéuticos
Italia	Sí- 3 tipos: tutela total y parcial y nombramiento de un "cuidador".	La Ley del Administrador de Apoyo de 2004 permite prestar asistencia para evitar la limitación de la capacidad jurídica.	Basado en la Ley de Salud Mental <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva - con fines terapéuticos
Letonia	Sí, tutela parcial. Supresión de la tutela plena en 2013	No	Basado en la Ley de Tratamiento Médico <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - con fines terapéuticos
Lituania	Sí, tutela total y parcial, así como curatela.	Las enmiendas introducidas en el Código Civil entraron en vigor en 2016, introduciendo la toma de decisión asistida en paralelo con la tutela plena.	Basado en la Ley de Atención de Salud Mental. <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo o para otros

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
Luxemburgo	Sí - 3 tipos: tutela, curatela y protección legal. El proyecto de ley de enmienda de la Constitución de Luxemburgo, actualmente en revisión, permite la ampliación del derecho de voto, en particular a las personas bajo tutela	No	Basado en la Ley de Hospitalización Forzosa de Personas con Trastornos Mentales - existencia de un problema de salud mental, - prioridad dada a una alternativa menos restrictiva
Malta	Sí- tutela completa y parcial. En 2012 se introdujo una nueva legislación que sustituye la incapacidad de las personas con discapacidad, lo que permite a una persona solicitar un denominado tutor y establece previsiones para el respeto de la voluntad y de las preferencias, así como la libertad de elección de la persona	Sí - La nueva legislación introducida en 2012 permite una toma de decisiones asistida limitada obligando a los tutores a proporcionar el apoyo que una persona pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica y a consultar con la persona	Basado en la Ley de Salud Mental - existencia de un grave problema de salud mental, - peligro para uno u otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva, - no efectuar la detención y/o el tratamiento conduciría a un deterioro grave.
Países Bajos / Holanda	Sí- 3 tipos de tutores designados por los tribunales: fideicomiso de protección, tutela y tutela plena / Tutores auto-designados (en el caso que no haya un tutor designado, será la pareja o un pariente cercano quien sea designado)	Se dispone de servicios de defensa para apoyar en la toma de decisiones asistida sobre la base de los procedimientos contenidos en el Código Civil	Basado en la Ley de Admisiones Obligatorias de Hospitales Psiquiátricos - incapacidad de conceder o denegar el consentimiento de admisión, - existencia de un problema de salud mental, - peligro para sí mismo o para otros, - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva.
Polonia	Sí- tutela total o parcial	No. Reforma propuesta en 2013 que introduciría formas más flexibles de tutela, incluida la asistencia para tomar decisiones y la codecisión	Basado en la Ley de Protección de la Salud Mental - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo u otros, - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva, - con fines terapéuticos
Portugal	Sí- tutela total o parcial	No	Basado en la Ley de Salud Mental - existencia de un problema de salud mental,

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
			<ul style="list-style-type: none"> - peligro para uno u otros - prioridad dada a una alternativa menos restrictiva - con fines terapéuticos
Reino Unido	<p>Sí, en Escocia, Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte existen regímenes de toma de decisiones sustitutiva.</p> <p>La Ley de Capacidad Mental (Inglaterra y Gales) permite una consideración limitada de voluntad y preferencias. Se está evaluando una reforma de esta ley</p> <p>Escocia ha realizado una consulta con miras a una posible reforma de su legislación, la Ley de Adultos con Incapacidad.</p> <p>En el año 2016, Irlanda del Norte introdujo la Ley de Capacidad Mental, que permite la toma de decisiones sustitutiva. Pero, ha intentado desvincular la noción de “incapacidad” de la de “discapacidad”, con el propósito de cumplir con la CDPD.</p>	<p>Cada jurisdicción requiere la provisión de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona, previo a la toma de decisión de sustitución.</p> <p>En Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte se ha otorgado reconocimiento legal a las directrices avanzadas.</p> <p>También, en cada jurisdicción, existen defensores independientes que pueden proveer apoyo para propósitos de toma de decisiones, aunque la disponibilidad de estos defensores está limitada tanto por la legislación, como por los fondos disponibles.</p>	<p>Inglaterra y Gales, basado en la Ley de Salud Mental:</p> <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo u otros, - prioridad otorgada a la alternativa menos restrictiva, - para fines terapéuticos. <p>Escocia, basado en la Ley de Salud Mental:</p> <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - capacidad para tomar decisiones de la persona está “alterada” - peligro para uno mismo u otros, - medida necesaria, - para propósitos terapéuticos. <p>Irlanda del Norte, basado en la Ley de Salud Mental:</p> <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un grave problema de salud mental - peligro para uno mismo o para otros
República Checa	Sí - tutela parcial	El nuevo Código Civil de 2014 incluyó la oportunidad de contar con una persona de apoyo para tomar decisiones, directrices avanzadas y salvaguardias para prevenir abusos.	<p>Basado en la Ley de Salud</p> <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo u otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva - para fines terapéuticos
Rumania	Sí- tutela total o parcial	No	<p>Basado en la Ley de Salud Mental</p> <ul style="list-style-type: none"> - existencia de un problema de salud mental, - peligro para uno mismo u otros - prioridad concedida a una alternativa menos restrictiva - para fines terapéuticos

País Estado miembro de la UE	Formas de toma de decisiones sustitutiva	Formas de toma de decisiones asistida	Bases para la internación forzada y tratamiento en la legislación sobre salud mental
Suecia	Sí - Tutela plena abolida en 1989 en favor de un sistema de tutela parcial y administradores	Un mentor puede ser nombrado por el tribunal para apoyar a una persona en la gestión de sus asuntos. El sistema de Defensoría Personal (Ombudsman) fue adoptado como una normativa (disposición) en 2013	Basado en la Ley de Atención Psiquiátrica Obligatoria - existencia de un problema de salud mental - peligro para uno mismo u otros - prioridad dada a una alternativa menos restrictiva, - para fines terapéuticos

Fuente: Mental Health Europe, MHE (2017). Annex: Analysis of EU Member States legislation (p.13-18).

Nota

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)