

el derecho a decidir:

apoyos, medidas
anticipadas y salvaguardas

Índice

1. Introducción	03
2. El modelo de vida independiente de las personas con discapacidad	04
2.1. Los apoyos como condición necesaria.....	05
2.2. Posibles formas de apoyo	06
2.3. La asistencia personal.....	07
3. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica	09
3.1. Análisis del artículo 12 de la CDPD.....	09
3.2. Análisis de los artículos del CCyC	12
3.3. El sistema de apoyo para resguardar y maximizar el derecho	14
3.4. Reformulación del principio de autonomía.....	16
4. Palabras finales	17
5. Bibliografía utilizada	19

Íconos



destacado



conclusión



definición



ejemplo



preguntas
para
reflexionar



enlace



cita



Diseño y desarrollo didáctico **Estudio C.** Romina Carbonatto | Andrés Gleizer

Esta publicación se ha elaborado con financiación del Fondo Fiduciario de la ONU para Eliminar la Violencia contra la Mujer; no obstante, las opiniones expresadas y el contenido incluido en ella no implican su adhesión o aceptación oficial por parte de las Naciones Unidas.

el derecho a decidir:

apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas

Fabián Murúa

1. Introducción

El derecho a la toma de decisiones en diversas facetas de la vida cotidiana tales como, qué hacer a lo largo del día, a cuáles lugares ir, a qué personas ver, qué ropa usar o qué proyectos tener; pero también de aquellas decisiones que pueden tener alguna trascendencia legal como firmar un contrato, votar, consentir prácticas de salud o incluso tener algún tipo de control sobre prestadores y servicios, fue históricamente negado a las personas con discapacidad, en particular, a las personas con discapacidad intelectual, psicosocial o con dificultades para expresarse.

En el campo jurídico, la negación más radical del derecho a decidir fue efectuado a partir del surgimiento de categorías tales como demente, insano, alienado o incapaz¹. Figuras concebidas como necesarios esquemas de protección de las personas con discapacidad², e incluso, como una garantía para la libertad

1. En el Código de Vélez Sarsfield la incapacidad de hecho se vinculaba a la teoría del acto jurídico y a la ausencia de uno de sus elementos: el discernimiento. La ausencia de ese elemento se comprobaba con la presencia de un diagnóstico de manía, demencia o imbecilidad (la fuente de la clasificación fue un trabajo de Esquirol de 1816 según doctrina especializada). La función del representante era suplir esa ausencia en la realización de los actos jurídicos. Más allá de los debates sobre si el Código adoptaba un criterio restringido a lo diagnóstico o requería de otras comprobaciones para la declaración de incapacidad, y sin perjuicio de las posteriores reformas, lo cierto es que el diagnóstico tiene un peso preponderante hasta la actualidad.

2. A partir de la lectura de la nota al pie del artículo 58 del Código de Vélez, queda claro que la intención del instituto era la protección patrimonial. Luego, la doctrina realizó una interpretación más amplia sosteniendo que el sentido del instituto era proteger no solo a los bienes, sino también a la persona.

personal de los “no insanos”³. Dichas categorías, han funcionado como “santuarios de infracciones” al principio de autonomía personal y ámbitos de tolerancia para su vulneración⁴.

Un análisis diferente se requiere en materia de derechos políticos, ya que en la legislación electoral de diversos Estados se consagra una verdadera incapacidad de derecho respecto de las personas con discapacidad con sentencia de incapacidad, que se intentó justificar en razón de la defensa del sistema político. Como se explicará más adelante, dicha legislación es incompatible con el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con la jurisprudencia del Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, la cual es de aplicación obligatoria en nuestro país.



Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)
<http://www.convenciondiscapacidad.es/>

En los últimos 50 años, el movimiento de personas con discapacidad, centralmente el movimiento de vida independiente, asociaciones de usuarios de servicios de salud mental y los llamados estudios críticos de la discapacidad, motivaron ciertos aspectos:

- Reclamaron el derecho de las personas con discapacidad a la autonomía personal y a tener pleno control sobre sus vidas.
- Impulsaron cambios normativos.
- Realizaron propuestas concretas para dejar atrás los viejos modelos de sustitución de la voluntad, reivindicando el derecho a la dignidad del riesgo.

Sin embargo, las reformas normativas alcanzadas se estancaron en una mera retórica de los derechos humanos y no fueron suficientes para hacer efectivo el derecho a decidir, proliferando “una suerte de trivialización del modelo social, llevando a usos no fieles del mismo” (Ferrante, 2019).

Por ello, nos proponemos en este trabajo realizar un abordaje de los apoyos en el marco de la CDPD y su necesaria vinculación con los procesos de determinación de capacidad jurídica.

2. El modelo de vida independiente de las personas con discapacidad

El fin de la CDPD es que las personas con discapacidad no sean privadas de vivir en la comunidad, que puedan tener el control sobre su vida y adoptar

3. En el Código Civil de Vélez Sarsfield solo era posible internar a una persona si previamente había sido declarada demente por un juez. Ver caso “Duba de Moracich” resuelto por la CSJN en el año 1923.

4. En el fallo Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, la CSJN refiere que la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos.

todas las decisiones que las afecten, y que cuenten con los medios necesarios para ello.



Todo el texto de la CDPD está trazado por el principio de autonomía personal y la vida en la comunidad.

La participación de organizaciones de personas con discapacidad en su redacción, contribuyó a que en su texto se vean plasmadas las preocupaciones más importantes del movimiento de personas con discapacidad.

Algunas de las preocupaciones más importantes:

- la concepción individual y médica de la discapacidad,
- la exclusión social y política que sufren las personas con discapacidad,
- la infantilización,
- la pérdida de control sobre sus vidas,
- y la segregación en instituciones bajo diferentes modalidades.

Pero también, en el texto de la Convención se pudo establecer que, para concretar el anhelo de una vida independiente y en la comunidad, es imprescindible que las políticas estatales tomen en cuenta diversos ejes, a saber:

Las políticas estatales deben orientarse por:

- el modelo social de la discapacidad,
- el principio de solidaridad que debe regir en toda comunidad,
- y un necesario cambio en la provisión de servicios dirigidos a las personas con discapacidad.

2.1 Los apoyos como condición necesaria

En ese marco, el diseño de estructuras de apoyo compatibles con la CDPD juega un rol clave. El **concepto de apoyos** ocupa un lugar gravitante en la estructura de la Convención, a tal punto que, sin su existencia, varios de los derechos allí reconocidos no serían posibles.



Los servicios de apoyo son esenciales para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y sean incluidas en la comunidad y son también un elemento indispensable para evitar segregación o promover la desinstitucionalización.

Sin embargo, no todo lo que se esconde bajo el ropaje de apoyos es compatible con la Convención.



Pero ¿es posible definir a qué se refiere la Convención con el término apoyos?

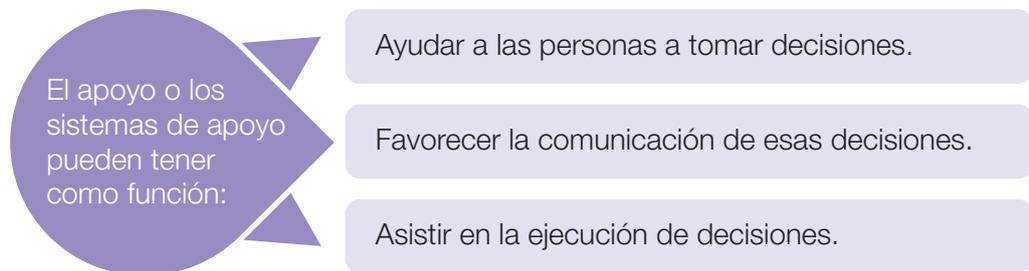
El **artículo 19** exige que los Estados Partes aseguren que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, a partir de la misma gama de opciones que los demás miembros de la sociedad, y que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

Además, establece que los Estados Partes deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación.



Si bien el artículo 19 no define qué son los apoyos, establece cuál es su finalidad: garantizar el derecho y la posibilidad de elegir, permitir la vida en comunidad y evitar la institucionalización de personas.

De modo que los apoyos deben existir en el ámbito comunitario, y no deben considerarse apoyos a los servicios que se prestan en instituciones cerradas.



A su vez, los apoyos pueden recaer sobre cuestiones que hacen a la vida diaria como la asistencia domiciliaria para la realización de tareas en el hogar o de cuidado personal, o también en ámbitos educativos, recreativos o laborales, entre otros.

2.2 Posibles formas de apoyo

Por otra parte, el artículo 19 enumera algunas formas de apoyos posibles como servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal. Dicha enumeración no es taxativa e incluso pueden solaparse.

La asistencia domiciliaria

- Puede ser importante para la realización de tareas de organización diaria, aseo personal o del hogar.
- Debe estar guiada por una ética de la asistencia que sea respetuosa de la intimidad y privacidad de las personas con discapacidad y sus familias, y de sus preferencias.

La asistencia residencial

- Debe orientarse a evitar la institucionalización de las personas y organizarse de modo que permita la misma gama de opciones que a las demás personas.
- En ese sentido, debe evitarse reproducir esquemas de vida que obstaculicen la libertad de elección y promuevan el aislamiento y la estigmatización. Por ejemplo, establecer en centros comunitarios horarios de entrada y salida o de visita, carteles de office de enfermería, obligar o coaccionar a la realización de talleres, etc.

La asistencia personal

- Es un modo de apoyo especialmente valorado por el movimiento de vida independiente.
- Se trata de una forma de apoyo humano caracterizada por ser un servicio personalizado en razón de los deseos y necesidades de la persona con discapacidad y que debe estar controlada por ella.

2.3 La asistencia personal

Si bien la figura de la asistencia personal tuvo mayor desarrollo con personas con discapacidades físicas severas, intelectuales o múltiples, su aplicación en el campo de la salud mental y los malestares psíquicos constituye una gran oportunidad.

En primer lugar, porque en razón de la universalidad como principio rector de los derechos humanos que debe guiar el diseño de políticas públicas, la necesidad de apoyos **no puede condicionarse a diagnósticos o clasificaciones** de las discapacidades.

En segundo lugar, porque a diferencia de otros apoyos con mayor tradición en el campo, la asistencia personal se caracteriza por estar **dominada por la persona usuaria** (y su familia en el caso de que se trate de niños o adolescentes) y no por quien presta el servicio.



Las personas con discapacidad deben poder decidir quién prestará el servicio, cómo, cuándo, dónde y de qué manera, así como dar instrucciones y dirigir a las personas que los presten.

Una asistente personal debe tomar en consideración las indicaciones y deseos de la persona con discapacidad; debe respetar su intimidad y mantener la confidencialidad y tener una actitud proactiva en la promoción de su autonomía, incluso facilitando que en todo momento la persona usuaria pueda tener control y planificar la asistencia. Es decir, el trabajo de una asistente personal debe estar guiado por una ética de la autonomía y edificado a través de una relación de confianza entre quien asiste y quien es asistido que tiene un primer momento en el acuerdo o contrato de trabajo, pero que se va construyendo a lo largo del tiempo.

Ese marco ético, constituye todo un desafío en el plano de la asistencia a personas con discapacidad psicosocial, donde, con modulaciones propias, la ayuda puede estar orientada a una colaboración más intensa para promover el derecho a decidir o incluso en la mediación en relaciones interpersonales con diversos niveles de conflictos.



Como hemos expresado, si bien suele definirse al asistente personal como una persona que ayuda a desarrollar las tareas de la persona con discapacidad, que no puede realizarlas por sí misma o tiene dificultades para hacerlo, las funciones de la asistencia personal pueden ser mucho más amplias y esa ayuda puede traducirse en la **ejecución de directivas** o en la **colaboración en la adopción de directivas** según las necesidades y deseos de la persona asistida.



Una asistente personal también puede asistir a una persona en actividades recreativas, educativas o laborales, puede ser necesario también prestando asistencia en la comunicación en la relación con otras personas como, por ejemplo, en encuentros con profesionales de la psicología con el debido resguardo de la confidencialidad, o incluso puede ser un facilitador en actividades de incidencia de derechos (asambleas, grupos de discusión y diversas formas de activismo) o participación ciudadana (asistencia para el sufragio o acompañamiento en instancias públicas o manifestaciones sociales por caso).

En el marco del **artículo 12** de la Convención, el apoyo o los sistemas de apoyo pueden ser muy importantes para la toma o ejecución de decisiones que tengan alguna trascendencia jurídica.

En procesos judiciales o administrativos, los apoyos humanos, y en especial, la asistencia personal, pueden ayudar a:

Acompañar a las personas.

Facilitar entornos de confiabilidad.

Garantizar que la persona pueda comprender lo que va sucediendo promoviendo su participación y diálogo.

En este punto es importante señalar que los procesos judiciales pueden no tener en cuenta los tiempos y las necesidades de las personas con discapacidad.

En relación con eso, la función de la asistencia personal en conjunto con formas de apoyo legal tiene que orientarse a lograr que dichos procesos se ajusten a las necesidades de las personas y que en ningún momento se naturalicen prácticas que no sean acordes a la CDPD, por falta de tiempo o espacio.

3. Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

Si bien el Código Civil y Comercial (CCyC) sancionado en el año 2015 fue considerado como un avance en el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica, lo cierto es que en su interior conviven disposiciones vinculadas al modelo social de la discapacidad y de la toma de decisiones con apoyos, y disposiciones cercanas al tradicional modelo tutelar.

Esta tendencia a la “acumulación” de paradigmas contrapuestos, sumado a la incorporación de los nuevos postulados puestos a funcionar en estructuras reticentes a ellos, contribuyó a que en las prácticas perduren enfoques tutelares presentados con retórica de derechos humanos.

Un ejemplo concreto es el mantenimiento de las viejas estructuras burocráticas de las curadurías oficiales y la falta de creación de nuevos mecanismos de provisión de apoyos, por caso, oficinas ajenas a la órbita judicial que promuevan la vida independiente.



A continuación, quisiéramos señalar algunos problemas puntuales en este tipo de procesos judiciales.

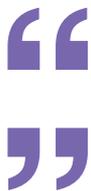
3.1 Análisis del artículo 12 de la CDPD

a) Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Comencemos reflexionando sobre ¿cuál es la finalidad de los procesos de capacidad jurídica?



Para eso, retomamos el artículo 12 de la Convención y la Observación general N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que marca el camino para una adecuada interpretación del mencionado artículo. Allí, se establece que:



Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” y que “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En esa Observación General también se explicó que, en el nuevo régimen, cobra relevancia el concepto de “capacidad jurídica universal”, en virtud de la cual todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen una capacidad jurídica inherente.

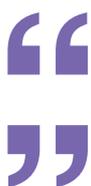


Todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.

Más puntualmente, en relación con la obligación de proporcionar apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, el Comité CDPD precisó que es contrario a la Convención crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas.

b) Voluntad y preferencias de las personas con discapacidad

Además, en el artículo 12 de la Convención y la Observación general N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se señala que:



el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”.

Esto significa que los apoyos extrajudiciales o determinados judicialmente no pueden tomar decisiones de forma unilateral, sino que deben informar debidamente a las personas sobre las diversas opciones o alternativas a escoger, si las hubiere, en el marco del ejercicio de su capacidad jurídica y consultar sobre las **preferencias de la persona**.



Los apoyos deben ser elegidos por la persona y no pueden ser impuestos contra su voluntad.

En el caso de los apoyos humanos deben ser de confianza de la persona y ella tiene derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación o cambiarla en

cualquier momento. En ese sentido, es muy importante que las evaluaciones periciales consideren y reflejen las preferencias de las personas.

Las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o incluso transitar el proceso judicial, y/o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el asesoramiento legal, la asistencia para comunicarse o el apoyo entre pares, por lo que otras personas con discapacidad pueden ser designadas como apoyos.

c) Accesibilidad de las personas con discapacidad

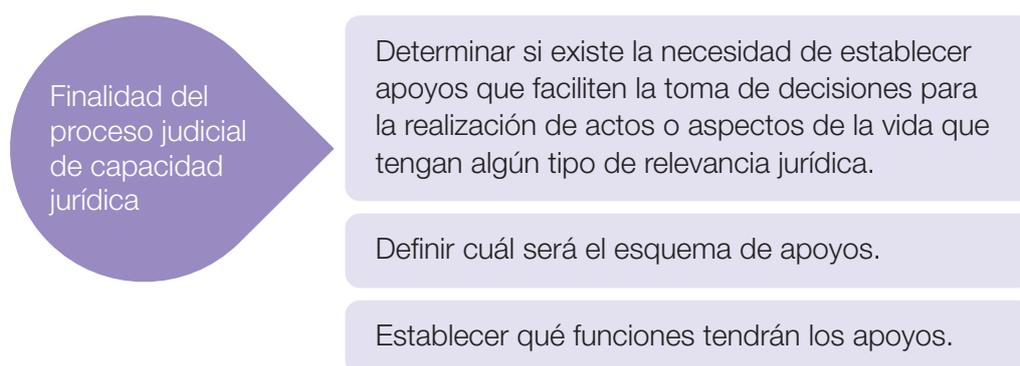
El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica también puede incluir **medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad**. Puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias.

d) Planificación anticipada para promover la autonomía de las personas con discapacidad

Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de **planificar anticipadamente** es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a las demás personas.

e) Algunas conclusiones

La finalidad del proceso judicial de capacidad jurídica se define al reconocerse el derecho a la capacidad jurídica universal y el acceso a los apoyos necesarios para ejercerla, con independencia de los diagnósticos.



En conclusión, las evaluaciones periciales no pueden estar orientadas a determinar la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, porque tampoco el proceso judicial puede estar orientado a ello (aunque es habitual leer en sentencias que en el proceso judicial se trata de valorar o no la necesidad de restringir la capacidad jurídica).





La capacidad jurídica constituye un derecho humano y por lo tanto un muro infranqueable, y no una aptitud medible o valorable a través de una evaluación pericial.

La evaluación pericial debe estar orientada a realizar una valoración sobre la necesidad de determinar judicialmente o no, apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.



De este modo, se armonizaría la práctica pericial con la CDPD.

3.2 Análisis de los artículos del CCyC

El CCyC incurre en transgresiones a la Convención en diversos artículos referidos a la capacidad jurídica. Sin perjuicio de ello, esos problemas deben salvarse intentando armonizar su lectura con la Convención.

a) Artículo 31

En primer lugar, el **artículo 31** se refiere a las restricciones y limitaciones a la capacidad jurídica cuando esta no puede ser limitada por motivos de discapacidad.

Por otra parte, la liviandad con que es tomada la Convención puede observarse con la interpretación que, en varias ocasiones, se hace de la presunción de capacidad jurídica establecida en el **artículo 31** del CCyC. Las sentencias sobre determinación de la capacidad parten de afirmar que la capacidad jurídica se presume, para luego, rápidamente destruir la presunción y pasar a anunciar las restricciones a los derechos.

De acuerdo con lo señalado, la interpretación más adecuada a la luz de la Convención es que la presunción establecida en dicho artículo no admite prueba en contrario, ya que, como se mencionó, las evaluaciones periciales y la entrevista personal con el juez o jueza (los dos elementos más importantes para resolver, aunque no son los únicos) no están destinadas a "determinar la capacidad" a

modo de establecer prueba para derribar la presunción, sino que su objeto es la **determinación y adjudicación de apoyos**.

b) Artículo 32

En similar sentido, **artículo 32** constituye una muestra cabal de la acumulación de paradigmas. Por un lado, crea la figura de persona con capacidad restringida a quien el juez o jueza le puede restringir la capacidad para determinados actos, y seguidamente señala que para ello se designarán los apoyos necesarios.

c) Artículo 38

De igual modo debe valorarse el **artículo 38**, al establecer que la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, deben designar una o más personas de apoyo o curadores.

d) Artículo 37

También debe cuestionarse el **artículo 37** por exceso y por defecto. Por un lado, vuelve a centrarse en evaluaciones diagnósticas que poco aportan al ejercicio de la capacidad jurídica pero que finalmente derivan en restricciones de derechos, y por otro, no requiere ningún tipo de información en torno al plan de vida de la persona, sus proyectos, deseos o identificación de aspectos en los que podría requerir apoyo o incluso ajustes razonables para transitar el proceso.

e) Otras consideraciones

Por último, también resulta problemático que el CCyC haya conservado la figura de la incapacidad y la designación de un curador para esos casos. En sintonía con la Observación General antes aludida, frente a casos en los que la persona se encuentre imposibilitada de comunicarse, lo relevante es seguir dos importantes estándares:

1

Deben realizarse todos los esfuerzos posibles por conocer la voluntad de la persona. En ese sentido, debe guardarse, en especial, respeto por los diversos modos, medios y formatos de comunicación, por ejemplo, por los sistemas de comunicación alternativo y aumentativo.

2

Si lo dicho anteriormente no hubiera sido eficaz, debe procederse a realizar la mejor interpretación posible de la voluntad de la persona. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”, en relación con los derechos de las personas a decidir cuestiones relativas a su salud, los familiares no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente ni “con” el paciente sino comunicando cuál es su voluntad.

Es importante tener en cuenta si la persona procedió a designar apoyos que puedan realizar esa interpretación o si dejó directivas de forma anticipada. Si esto no hubiera sucedido, se debe proceder a designar el apoyo teniendo en cuenta la historia de vida de la persona, su trayectoria, sus vínculos, relaciones de parentesco y confianza.

Como podrá apreciarse, esta función de indagación sobre lo que habría podido decidir la persona es más propia de la función de apoyo y del vínculo de confianza construido que le permita expresar esa posible voluntad, que la función sustitución de voluntad propia de las funciones atribuidas a curadores.



En conclusión, el marco normativo señalado facilitó el terreno para que en muchas situaciones se incurra en un mero cambio de etiquetas. Ya no se declara a la persona como incapaz, sino con capacidad restringida:

- La presunción de capacidad reconocida se derrumba en casos frente a la **presencia de un diagnóstico**: sigue siendo habitual leer en pericias que, por ejemplo, una persona no puede votar “por temática vinculada a su patología” sin explicar mínimamente como se alcanza tal conclusión.
- La enumeración de los actos en los que se necesita apoyo en realidad no son actos concretos sino **vagas enumeraciones de derechos** sin correlato con la realidad o cuestiones que nada tienen que ver con la capacidad jurídica: por ejemplo, restringir la capacidad jurídica y establecer apoyos para la supervisión de la higiene de la vivienda.
- Los apoyos que aparecen en las pericias o en las sentencias **no consideran las preferencias de las personas** (que muchas veces manifiestan no necesitar ninguno) o recaen sobre estructuras judiciales que históricamente tuvieron la función de representación y terminan cumpliendo funciones que podrían corresponder a otras agencias del estado.

3.3 El sistema de apoyo para resguardar y maximizar el derecho

La contradicción con el artículo 12 de la Convención y la Observación General N° 1 del Comité es evidente, el sistema de apoyo justamente fue pensado para resguardar y maximizar el derecho a decidir, no para limitarlo.

De acuerdo con la lectura que en este texto se propone, el tipo de proceso judicial señalado no debería dedicar sus energías a conocer el diagnóstico de la persona y, a partir de ello, afirmar lo que las personas pueden o no hacer con su vida.

El proceso judicial debe indagar:

¿Cuál es el modo en que esa persona se expresa?

¿Cuáles son los apoyos y ajustes razonables que requiere para transitar el proceso judicial?

¿Cuál es el proyecto de vida de esa persona?

¿Cuáles son sus necesidades?

Y, a partir de esta indagación, evaluar si es necesaria la determinación de apoyos teniendo en cuenta sus preferencias.

Por otra parte, también debe recordarse que se trata de procesos judiciales orientados a resguardar la capacidad jurídica de personas con discapacidades, y que aun cuando la propia Convención señala que dicha capacidad jurídica se reconoce en todos los aspectos de la vida, no debe perderse de vista que la determinación de apoyos debe estar orientada a la toma de decisiones de relevancia jurídica.

Debe cuestionarse la práctica recurrente de avanzar y ventilar en un proceso judicial cuestiones vinculadas a la apariencia e higiene de las personas, los lugares en que habitan, si pueden prepararse alimentos, si pueden manejar un auto o realizar el nombramiento de apoyos para cuestiones intrascendentes desde el punto del ejercicio de la capacidad jurídica.

La necesidad de establecer apoyos para la vida en comunidad y en relación con cuestiones cotidianas, no puede ser impulsada por la vía de los procesos judiciales de determinación de la capacidad jurídica.

Además, la designación o establecimiento de apoyos debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de la Observación General N° 1, y no pueden ser impuestos contra su voluntad. A su vez, los apoyos designados también deben ser respetuosos de los estándares señalados. Por caso, cuando las Curadurías Oficiales son designadas como apoyos (sin perjuicio de que ello en si es un problema) no pueden tomar decisiones sobre el patrimonio de las personas o nombrarles otros apoyos sin la participación y el consentimiento de la persona usuaria.

A modo de ejemplo, las recientes reformas normativas en Perú y Colombia dan cuenta de regulaciones armónicas con el modelo propuesto por la Convención.

En el caso peruano, el Decreto Legislativo N° 1384 del año 2018 establece en sus artículos 42 y 44 que las personas con discapacidad tienen **plena capacidad de ejercicio** aun cuando requieran para ello de apoyos o ajustes razonables, salvo las personas que estuviesen en estado de coma siempre que no se hubiese designado un apoyo con anterioridad, quienes tienen capacidad restringida.

Así también, el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos establece, por un lado, un proceso judicial de restitución de la capacidad jurídica para todas aquellas personas que fueron declaradas incapaces y, por otro, un proceso judicial de solicitud de apoyos y salvaguardias que podrá ser iniciado por la persona con discapacidad a fin de que el juez o jueza interviniente reconozca la designación



realizada por la persona en dicho proceso, o por un tercero en los casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad o se encuentre en estado de coma.



En el caso colombiano, la ley 1996 del año 2019 dispone que su objeto es establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para su ejercicio. Como puede observarse, no existe ninguna referencia a categorías como restricción, determinación o limitación de la capacidad.

Así también, la ley define a los **apoyos** como tipos de **asistencia que se prestan a la persona con discapacidad** para facilitar el ejercicio de su capacidad legal, incluyendo la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales.

También establece que los **apoyos formales** son aquellos que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la ley, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado.

Dentro de esos procedimientos la ley contempla dos mecanismos para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos, a través de:

- La celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo.
- Un proceso judicial denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos.

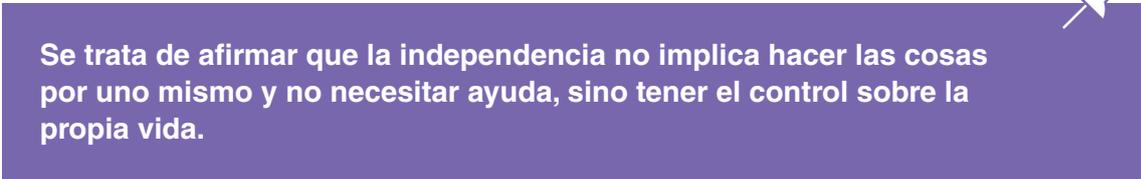
Por otra parte, la ley define a la valoración de apoyos como un proceso que se realiza, con base en estándares técnicos, que tiene como finalidad determinar cuáles son los apoyos formales que requiere una persona para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su capacidad legal. La ley también establece que en los casos en que la persona con discapacidad necesite apoyos, pero no tenga personas de confianza a quién designar con este fin, la justicia designará un defensor personal, de la Defensoría del Pueblo, que preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular.

3.4 Reformulación del principio de autonomía

Si bien se afirmó que “La Convención no crea ningún derecho nuevo; más bien aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes”⁵, lo cierto es que en su texto anida una **reformulación del principio de autonomía** en la particularidad de las personas con discapacidad a través del reconocimiento de que ellas pueden requerir diversas configuraciones de apoyos para poder materializar ese principio.

5. A/HRC/4/75, cit., Párr. 19.

Este aspecto ocupa un lugar gravitante en el engranaje del modelo de vida independiente ya que los apoyos son una herramienta imprescindible para gozar de diferentes derechos.



Se trata de afirmar que la independencia no implica hacer las cosas por uno mismo y no necesitar ayuda, sino tener el control sobre la propia vida.

Dichos apoyos, pueden ser necesarios para garantizar una vida en la comunidad en condiciones de dignidad y seguridad, y en ocasiones surgirán de las redes comunitarias de cada persona, pero también de las obligaciones impostergables que tiene el Estado en la provisión de apoyos de diverso tipo, por caso, apoyos económicos y humanos.

Pero particularmente, los apoyos también en ocasiones serán necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, y puedan realizar acciones de trascendencia jurídica sin que se sustituya su voluntad.

Bajo esos criterios, será muy importante que los equipos periciales puedan identificar en conjunto con la persona que lo requiera, **qué asuntos de su vida necesitarán de un esquema de apoyos**, para luego deslindar cuáles de ellos necesitaran ser formalizados a través del proceso judicial de capacidad jurídica y cuáles no requerirán de tal formalización o necesitarán de la intervención de otras agencias estatales que puedan canalizarlos sin necesidad de un proceso judicial.

4. Palabras finales

A modo de cierre, en este apartado nos propusimos brindar información que pueda resultar valiosa a fin de contribuir a que los procesos judiciales que se promuevan puedan ser respetuosos del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que existe una obligación del Poder Judicial (incluidas todas las personas que la integran) e incluso de toda autoridad pública de realizar un adecuado control de convencionalidad entre las normas internas y la CDPD leída a la luz de las interpretaciones realizadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esto implica que, los operadores judiciales deben abstenerse de aplicar normas o realizar prácticas incompatibles con el señalado marco internacional. Por ejemplo, deben abstenerse de evaluar la capacidad de votar de las personas con discapacidad, ya que en la Comunicación N° 4/2011 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU analizó una denuncia contra Hungría por privación del derecho al voto por motivos de discapacidad y calificó como discriminatoria la evaluación de la capacidad de votar de las personas con discapacidad. Además, señaló que, en virtud del artículo 29 de la Convención, los Estados deben adaptar sus procedimientos electorales para garantizar que sean “adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar” y, cuando sea necesario

permitir que las personas con discapacidad que la soliciten dispongan de asistencia para votar. También indicó que el artículo 29 no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna con respecto a ningún grupo de personas con discapacidad, “incluidas las que están en régimen de curatela”.



Como mencionamos, deben abstenerse de realizar evaluaciones centradas en diagnósticos y a partir de ello realizar afirmaciones sobre lo que las personas pueden o no hacer, deben valorar especialmente las expresiones y preferencias de las personas con discapacidad, respetar sus sistemas de comunicación y contribuir a que los procesos judiciales tengan por finalidad designar apoyos sin restringir la capacidad.



En segundo lugar, es importante destacar que recientemente, el Juzgado de Primera Instancia N° 4 en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en la causa “Asociación Azul c/ IOMA y otro/a s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos” reconoció el derecho de todo el colectivo de personas con discapacidad a acceder a la Asistencia Personal, y condenó al IOMA a la creación de la prestación de Asistencia Personal regulándola bajo los estándares internacionales. El precedente citado puede resultar muy importante en la transición a la construcción de nuevos sistemas de apoyo no solo para actos de la vida cotidiana, sino también aquellos vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica.

Por otra parte, los apoyos económicos también pueden ser muy importantes para las personas con discapacidad, por ejemplo, para contratar diversas formas de apoyo humano. En ese sentido, las pensiones por discapacidad deben cumplir con el requisito constitucional de movilidad y ser suficientes para garantizar un piso mínimo de derechos, y como políticas públicas, están sujetas a un control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.



Por último, si bien es sabido que el origen de los sistemas de restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica se justificaban y se justifican en la protección patrimonial de las personas con discapacidad, una declaración de incapacidad podía tener impacto en todo el arco de derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y en especial, podían afectar no solo la administración y disposición del patrimonio, sino también el acceso a la justicia, la libertad reproductiva, el derecho a sufragar, a contraer matrimonio o incluso a manejar. Volviendo al origen de la justificación de los procesos, la designación de apoyos para el ejercicio de actos puntuales unido a una cuota de creatividad para la determinación de sus funciones puede ser un mecanismo adecuado que resguarde el patrimonio de las personas sin limitar su capacidad jurídica. Pero también, pueden existir conjuntamente con la designación judicial de apoyos o no, otros mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico capaz de resguardar el patrimonio, como, por ejemplo, donaciones, usufructos, afectación de un inmueble destinado a vivienda, mandatos de representación, directivas anticipadas en relación a aspectos patrimoniales, etc. Estas últimas, constituyen una de las mejores formas de conocer la voluntad de la persona y sus preferencias, y proteger las decisiones que esta tome por parte de las personas que la rodean.

5. Bibliografía utilizada

- ACNUDH (2014). *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10350.pdf>
- Asociación Azul: Por la vida independiente de las personas con discapacidad- En *Capacitación para Asistentes Personales de personas con discapacidad*. Guía de Contenidos, Proyecto Capacitar para el cambio
- COMITÉ CDPD (2014). Observación General N° 1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. 11° periodo de sesiones. CRPD/C/11/4. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- COMITÉ CDPD (2017). Observación general N° 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. CRPD/C/GC/5. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Observaci%C3%B3n%20General%20N%C2%BA%205.pdf>
- El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación. Asdown Colombia - Nodo Comunitario de Salud Mental – PAIS. Disponible en: http://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf
- Ferrante, C. (2019). *En memoria de Mike Oliver: un legado sociológico vivo para los estudios críticos latinoamericanos en discapacidad*. Boletín científico Sapiens research
- Kehoe, S. (2017). *Las pericias en la construcción de sistemas de apoyos. Necesidad de un cambio radical en la metodología de abordaje*. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos ISSN 2525-1643
- Martínez, K. (2003). *El Movimiento de Vida Independiente en Estados Unidos, en El Movimiento de Vida Independiente; Experiencias Internacionales*. Coord. García Alonso, Vidal. Fundación Luis Vives, Madrid
- Martínez, Marcelo B. (2015). *Derecho y salud mental: Historia del tratamiento jurídico de la locura en la República Argentina*. Rosario. Ed. Juris
- Rodríguez-Picavea, A. y Románach, J. (2006). *Consideraciones sobre la figura del Asistente Personal en el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Disponible en: https://www.asistenciapersonal.org/sites/default/files/publicaciones/10-consideraciones_sobre_ap_en_proyecto_lapad.pdf

www.cels.org.ar

