

*Del modelo de sustitución al modelo de apoyo  
en la toma de decisiones y sus retos actuales.  
El Reconocimiento de la Capacidad Jurídica en  
América Latina.*

*Sin capacidad jurídica, no hay derechos  
humanos..!*

**Pamela Molina Toledo**  
**Especialista en Discapacidad**  
**Departamento de Inclusión Social**  
**Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad**



Organization of  
American States



Preceptos,  
conceptos,  
definiciones..



**Dejan fuera la realidad...!**



El no reconocimiento de la Capacidad  
Jurídica significa la muerte civil....



Organization of  
American States

SOMOS IGUALES ANTE LA LEY: QUEREMOS UN  
**CODIGO CIVIL**

QUE NO PERMITA QUE EXISTA NI UN SOLO  
**MUERTO CIVIL**

*POR UN NUEVO CODIGO RESPETUOSO DE NUESTROS DERECHOS HUMANOS*

# El primer desafío en un cambio de Paradigma. Reconocer el ejercicio de la Capacidad Jurídica



Organization of  
American States

A diario todas las personas estamos tomando decisiones.

- Algunas veces son fáciles de tomar.
- En otras ocasiones decidir resulta complicado: tenemos que pensar mucho antes de decidir.
- A veces, por la complejidad de la decisión, pedimos ayuda y consejo a la gente que nos merece confianza.
- Necesitar apoyo en la toma de decisiones no es exclusivo de personas con discapacidad. Todas las personas en algún momento requerimos apoyo para tomar una decisión, pero no por eso se nos niega la capacidad y el derecho humano inherente de decidir.



## Complejas

- Salud
- Impacto externo
- Seguridad (propia y terceros)
- Empleo

## Simples

- Entretenimiento
- Colaboracion

## Rutinarias

- Higiene
- Transporte

# ¿Qué decisiones reconocen nuestros sistemas legales?



Organization of  
American States

*Típicamente, aquellas que cumplen con las siguientes características:*

- Son hechas por alguien que la ley reconoce como “capaz”
- Son hechas de manera voluntaria
- Son hechas sobre un objeto lícito
- Son hechas con una causa lícita



# ¿Quiénes son “incapaces” ante la ley?



Organization of  
American States

- Generalmente, las personas menores de edad.
- Las personas adultas declaradas incapaces por un/a juez/a generalmente con base en la apreciación de sus “capacidades mentales”.
- ¿Quiénes han sido considerados incapaces en la historia?



# Qué implica la aplicación del Art. 12 –UNCODPD?



Organization of  
American States

- El sistema jurídico no es neutral, ni "objetivo": es ordenado y heredado y lleva el sello de las jerarquías, valores y privilegios tradicionales, que actualmente aparecen limitados por edad y discapacidad e históricamente también han sido delimitados por género, posición dentro de la familia patriarcal, la situación económica y social y la condición de ciudadanía, étnicamente definida (pueblos indígenas, afrodescendientes, migrantes).
- Esto vuelve a muchas personas vulnerables a la exclusión, así como también a un escrutinio y desconfianza adicionales.
- Más difícil es la situación de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

# PERO.....



Organization of  
American States

El concepto de discapacidad no  
tiene NADA que ver con  
“capacidad mental”

La Capacidad Jurídica tampoco.



- Las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, son PERSONAS y sujetos de Derecho.
- Todas las personas, incluidas las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, son titulares de derechos humanos y de su ejercicio.
- Todos los sujetos de derecho, incluidas las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, tienen derecho a que el Estado proteja sus derechos frente a terceros.

# Y entonces cuando hablamos de:



Organization of  
American States

- Tutela
  - Curatela
  - Pater Familias
  - Interdicción
- Hablamos de historia del Derecho?
  - Hablamos de filosofía del Derecho?
  - Hablamos de teoría del Derecho?
  - Hablamos de aplicación del Derecho?

# Qué implica el Art. 12?



Organization of  
American States

- Las personas con discapacidad que necesitan apoyo para ejercer su capacidad jurídica tienen el derecho a que se les proporcione dicho apoyo.
- “Apoyo” significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, **hacer posible que una persona se exprese por sí misma, comuniquen sus deseos, y tome decisiones en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona.**
- El apoyo nunca debe restringir los derechos de la persona, ni coaccionar a la persona para que actúe de determinada manera. El apoyo no debe afectar su capacidad de actuar. Ninguna persona puede ser obligada a aceptar apoyo en contra de su voluntad.

# Qué implica el Art. 12?



Organization of  
American States

- No debe permitirse la toma de decisiones donde estén en juego valores sumamente personales que pueden afectar la integridad física o mental de una persona, tales como:
    - La esterilización
    - Los implantes cocleares
    - El tratamiento con fármacos neurolépticos
    - La terapia de electro-convulsión (electroshock)
    - La psicocirugía
- Sin el consentimiento informado y expreso de la persona en cuestión.**

# Qué implica el Art. 12?



Organization of  
American States

- Impacto en **todas** las esferas de la vida:
  - ✓ Salud y bienestar (sexo y reproducción, tratamientos, alimentación, estilo de vida, etc.)
  - ✓ Economía personal (trabajo, inversiones, empleo, etc.)
  - ✓ Autonomía y comunidad (residencia, relaciones sentimentales, política, etc.)
- Y el “bien común”? Y los derechos de la familia? Y como los protegemos? (A quiénes estamos protegiendo realmente?)  
***“No quiero que tus impuestos paguen mi seguro social, quiero pagar mis propios impuestos”***

# Qué implica el Art. 12?



Organization of  
American States

**Abolición de los sistemas de toma de decisiones sustitutiva o por reemplazo de la persona:**

- la declaración de incapacidad legal, la tutela o curatela y la interdicción por causa de discapacidad;
- el ejercicio de la representación legal por tiempo indefinido
- la representación y figuras legales que habilitan a cualquier persona a anular las decisiones de otra;
- cualquier acuerdo de representación legal individual cuando la persona no haya dado su consentimiento explícito para ello;
- cualquier mecanismo de toma de decisiones sustitutiva que anule la voluntad de la persona, en cuanto a una sola decisión o a uno o más acuerdos a largo plazo.

# Definición de “Apoyos”



Organization of  
American States

- Recursos, acciones y estrategias que requieren las personas (...) para expresar sus preferencias y tomar decisiones que mejoren su independencia, productividad, integración en la comunidad, y su calidad de vida.
- **TDCA significa que la persona con discapacidad SIEMPRE está al centro de su proyecto de vida.**
- Las familias, las instituciones y los sistemas tienen que garantizar que sus preferencias son reconocidas e implementadas sin discriminación.



- Desnivel → obstáculo externo
- Escalón → barrera
- Rampa → apoyo

Esquemas, redes de soporte y sistemas para la  
toma de decisiones con apoyo.



- El apoyo para la toma de decisiones representa un parteaguas en la historia del Derecho.
- La sociedad, así como el orden jurídico, necesitan cambiar el chip
- Los apoyos que necesiten personas con discapacidad intelectual y psicosocial varían persona a persona: es un traje a la medida.
- MTDA no es sólo “ajustes razonables”
- No hay estudios empíricos sobre las buenas prácticas para implementar sistemas de apoyo.
- Es difícil legislar cuando nadie entiende bien cómo los sistemas de apoyo deberían funcionar en la práctica.

# Tipos de Apoyos



Organization of  
American States

- TECNOLÓGICOS
- TÉCNICOS
- COMUNICACIONALES
- PERSONALES (familiares, profesionales)
- LA PROPIA PERSONA (voluntad anticipada)
- DE AGENCIAS
- PROVEEDORES DE SERVICIO (facilitadores, personas que intervienen por un tiempo limitado y para ciertas circunstancias)
- Garantes para la igualdad jurídica (salvaguardia): personas a quienes se les da un poder limitado para apoyar jurídicamente la toma de decisiones, siempre con el consentimiento del tomador de decisiones (la persona con discapacidad) (Costa Rica).
- Formales e informales (ambos aceptados por Ley - Colombia, Perú)

## Intermitentes

Apoyos "cuando sea necesario". Se caracterizan por su naturaleza episódica.

## Limitados

Se caracterizan por su consistencia en el tiempo. Esto es, no son intermitentes, pese a que su duración sea limitada.

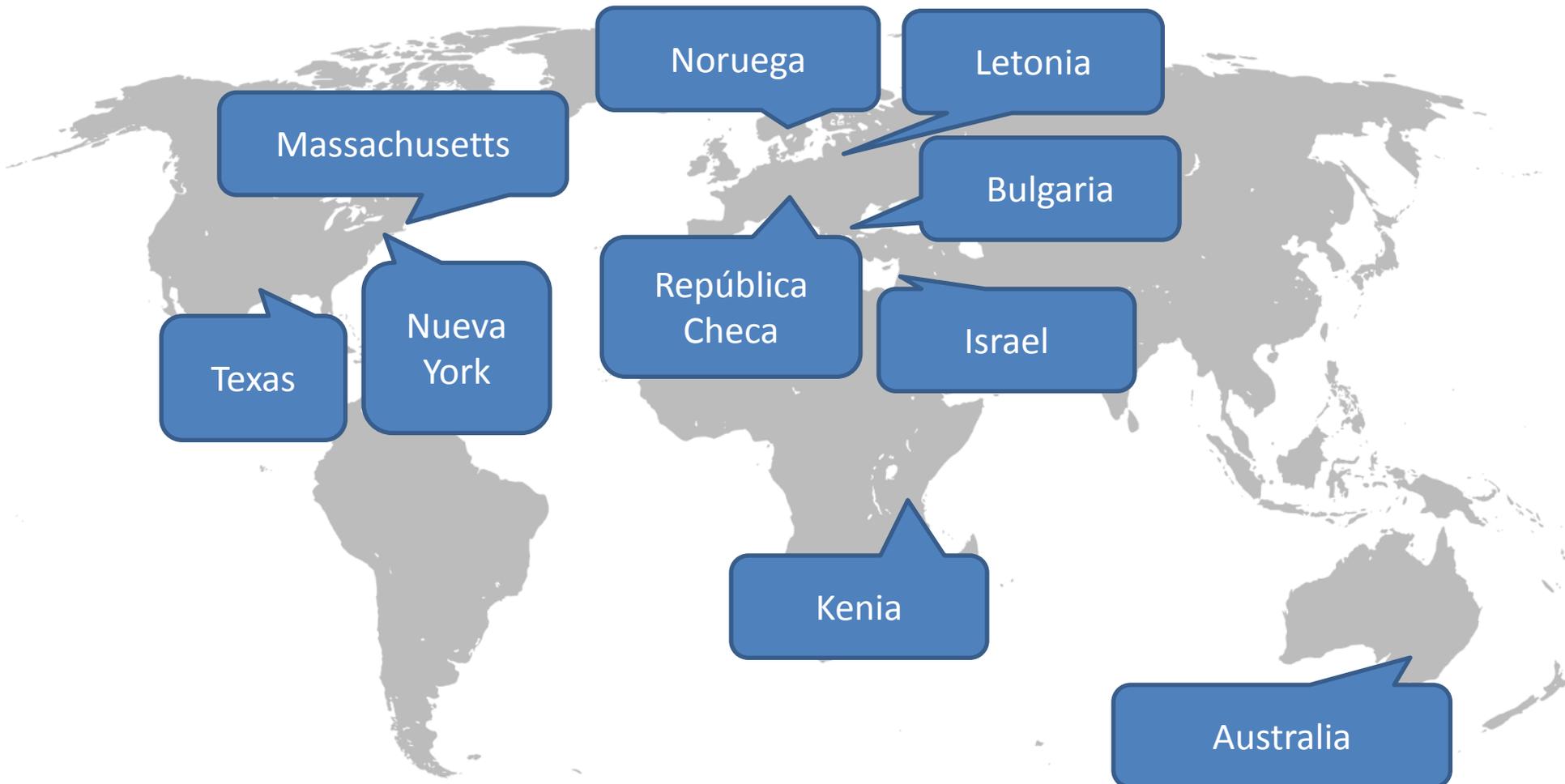
## Extensos

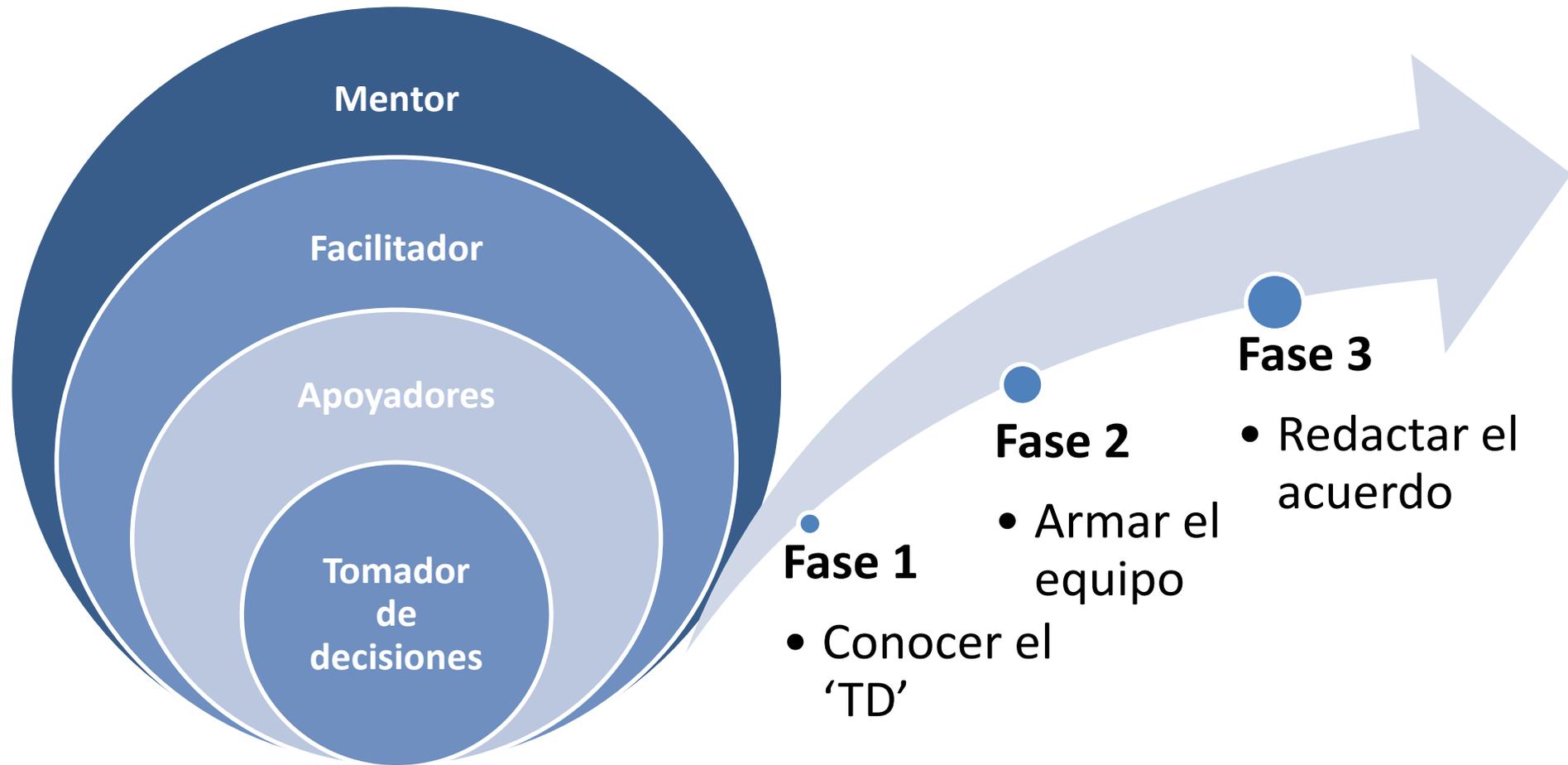
Suponen una implicación o intervención regular (ej. diaria) en, al menos, algunos ambientes (ej. trabajo u hogar) y no tienen limitaciones de tiempo (ej. apoyo a largo plazo en el lugar de trabajo y apoyo en el hogar a largo plazo). Siempre la persona decide.

# Capacidad Jurídica y MTDA en el mundo y la región



Organization of  
American States





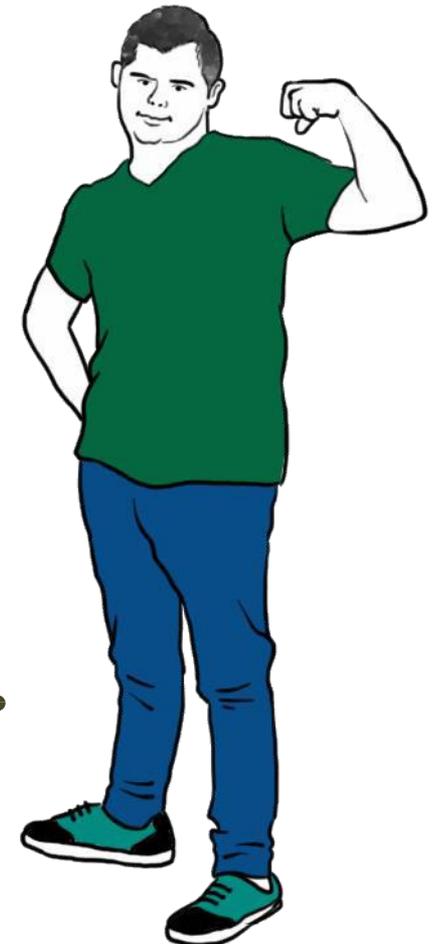
## Estrategias para crear sistemas de Apoyo

Identificar formas de comunicación  
efectivas con cada persona.

Formación sobre derechos,  
autodeterminación e inclusión en la  
comunidad.

Conocer la oferta de servicios y la  
manera de acceder a ellos.

Construir redes apoyo familiar y social



# El modelo Sueco: Ombudsman Personal



Organization of  
American States

- En 1985 el gobierno sueco promulgó una ley que eliminó todos los hospitales especiales e instituciones, prohibiendo su creación.
- En 1989, Suecia se convirtió en el primer Estado en abolir la tutela para adultos con discapacidad.
- En 1994 promulgó una ley sobre apoyo y servicios para personas con algunos tipos de discapacidades, que provee de amplias garantías para personas con severas discapacidades intelectuales y físicas. L
- Las propias personas con discapacidad psicosocial gerencian y gestionan la figura del “Defensor Personal” regulada por Ley.

# Proyecto de Ley sobre Capacidad Jurídica Colombia



Organization of  
American States

- Se elimina la interdicción por causa de discapacidad, decretando reforma de ciertos artículos del Código Civil.
- Se considera 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.
- Apoyos formales: son aquellos apoyos reconocidos por la Ley, que han sido formalizados por alguno de los procesos contemplados en la legislación nacional, 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 de un acto jurídico determinado.
- Apoyos informales: Son aquellos mecanismos de asistencia que no se encuentran formalizados en la legislación nacional y sus procesos, pero que facilitan y garantizan el proceso de toma de decisiones.

# Proyecto de Ley sobre Capacidad Jurídica Colombia



Organization of  
American States

- Personas de apoyo
- Defensores Personales (sentencia de adjudicación de apoyos, siempre teniendo primero la voluntad del tomador de decisión)
- Acuerdos de Apoyo para Actos Jurídicos
- Evaluación del desempeño de los Apoyos
- Directiva anticipada

# Ley sobre Capacidad Jurídica en Perú



Organization of  
American States

- Establece la reforma del Código Civil peruano
- Elimina la figura de la interdicción y curatelas por causa de discapacidad.
- Establece la figura de asistencia personal y modelos de toma de decisiones con apoyo, que debe ser reglamentada ahora.
- Para los casos que ya están interdictos, decreta la restitución del derecho y la opción por escoger apoyos.
- Los casos de interdicción en trámite quedan sin efecto.
- El Código Penal y el Derecho Penal no se ven afectados porque son criterios distintos, pero con la reforma se cuestiona la inimputabilidad penal de la persona con discapacidad, cambia la visión y se establece el apoyo para la comprensión de los actos jurídicos, lo que exige replantear la inimputabilidad y ver a la persona con discapacidad como sujeto de derechos y deberes en lo penal.

# Ley de Autonomía Personal Costa Rica



Organization of  
American States

- Se focaliza en artículos 12, 13 y 19 de la UN-CDPD: objetivo de promover la autonomía personal.
- Reconoce la intersección entre discapacidad y pobreza como factor que afecta el ejercicio del derecho a la capacidad jurídica, que no debe ser cuestionada ni restringida..
- Establece y regula las figuras del asistente personal humano y del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad (salvaguarda).
- En el artículo 12 se fija las condiciones –socio-económicas– de las PcD solicitante de **la asistencia personal humana**, a las que el Estado (a través del CONAPDIS y el IMAS), le otorgará este beneficio.
- Los asistentes personales para la vida cotidiana y los garantes para la igualdad jurídica serán capacitados a través de una institución pública de capacitación.
- El **capítulo IV** fija la creación del programa de promoción de la autonomía personal.

# Capacidad Jurídica Plena: sentencias



Organization of  
American States

- **Juez de Familia en Cusco, Perú.**
- **El caso: dos hermanos con esquizofrenia.** La familia los quiere declarar interdictos. No quieren ser interdictos, pero el propio Estado los obliga (pensión).
- **Acción:** exámenes, consultas interdisciplinarias. **Aplicación de curador legal (abogado neutral que tomara su defensa).** **Aplicación del principio del control de convencionalidad:** es una figura desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se establece que los jueces no solo deben ver sus normas internas sino que deben aplicar los convenios internacionales. No es una facultad o un pedido: el juez debe hacerlo de oficio, sin necesidad que las partes lo hagan.
- **Se aplica directamente la convención frente a los artículos 43 y 44 del código civil,** los cuales se declara incompatibles con la CDPD, en específico, con el artículo 12.
- Se establece modelo de apoyo a los hermanos y se resguarda el derecho a pensión.



# Capacidad Jurídica Plena: sentencias



Organization of  
American States

- 2° *Juzgado Constitucional de Lima.*
- Diagnóstico de esquizofrenia paranoide. Dado de baja por “invalidez”.
- Demanda: Se le reconozca la causal de: “Con ocasión del servicio” en la Marina de Guerra del Perú.
- **Sentencia: ORDENA** nueva Resolución de pase a retiro por la causal de discapacidad psicosomática por afección contraída a con ocasión del servicio.
- Se le restituyan beneficios, incluyendo el recálculo de su pensión, devengados, intereses, grados y atención médica a costo de la institución, incluyendo la atención por salud mental dirigida a la recuperación y pleno uso de sus facultades y capacidades, con respeto de sus derechos fundamentales y las leyes de salud, sobre el particular.
- **Se Dispone:** a) realización de ajustes razonables, b) Reincorporación de su personal cesado por discapacidad a la sociedad y al trabajo con la mayor autonomía posible, c) realizar un programa de concientización y sensibilización de su personal, (Incluyendo su procuraduría), sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

# Retos



Organization of  
American States

- Es un modelo que invita a riesgos y errores para avanzar en el ejercicio de la autonomía de las personas.
- Debe haber claridad en la determinación de quién es responsable legalmente por las consecuencias de las decisiones tomadas con apoyo: el derecho a equivocarse, la obligación de ser responsables.
- Las salvaguardas contra el abuso no pueden volverse sustitutivas de la voluntad.



## ACCESO AL PODER, POBREZA Y DESIGUALDAD SOCIAL

- Tenemos que reconocer que la relación de una persona con la capacidad jurídica puede resultar problematizada debido a asuntos relacionados con el acceso al poder, y no precisamente con limitaciones inherentes a la persona misma.
- Cuando los profesionales de Salud Mental, los jueces y los abogados, evalúan a una persona y argumentan a favor de la interdicción o declaración de incapacidad absoluta, usan el concepto de capacidad jurídica haciendo caso omiso de las diferentes maneras en que las condiciones materiales y recursos, incluyendo el capital social – educación, reputación, redes de poder e influencia – así como los insumos económicos , confieren o restringen la eficaz libertad y autonomía de la persona y, por lo tanto, el nivel de necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica como un vehículo para la autodeterminación.
- Así, el ejercicio de la capacidad jurídica en el sistema actual, tiene valor solamente para los grupos más privilegiados.

# Reflexiones finales



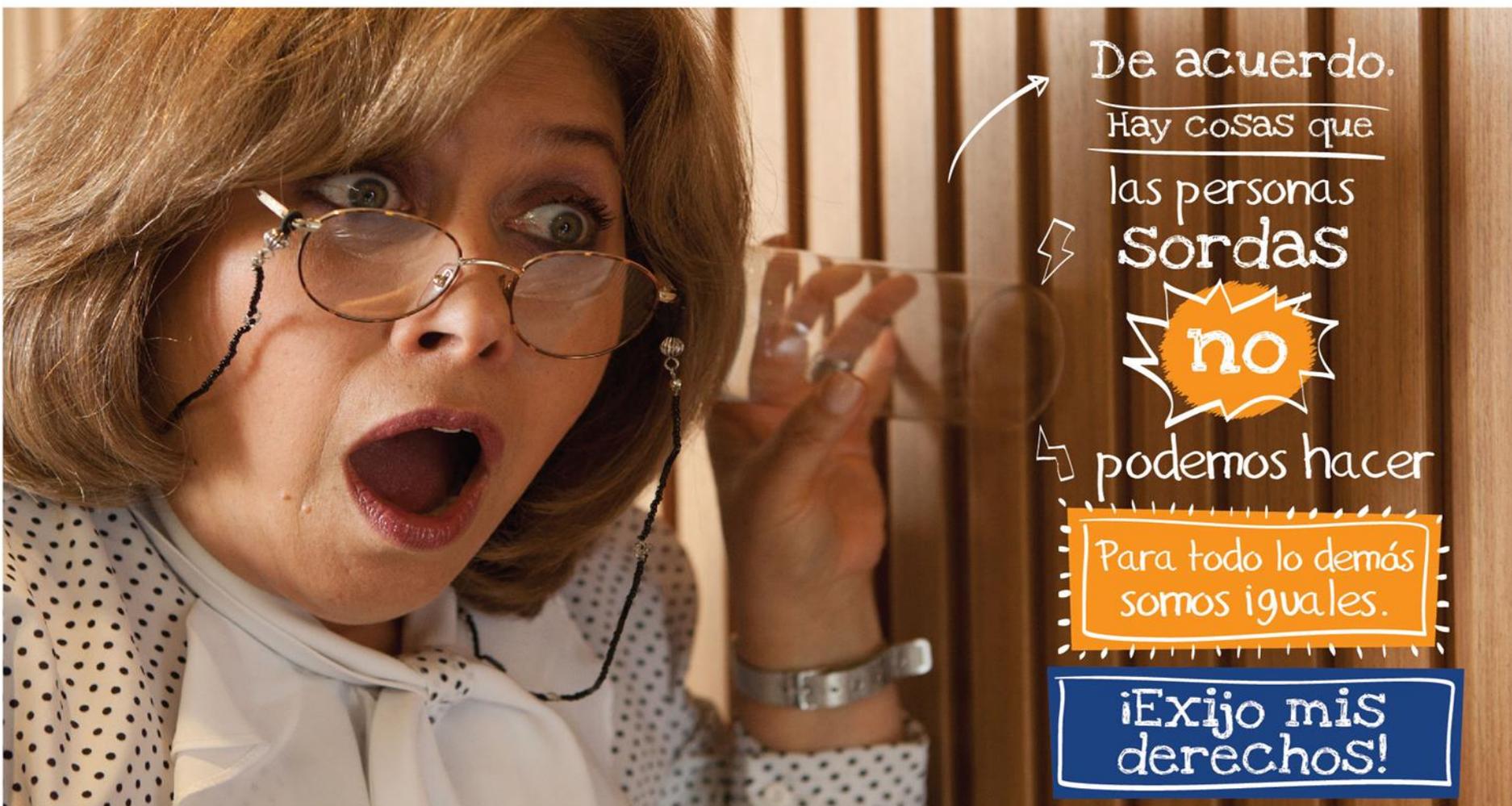
Organization of  
American States

- Concebir los programas de apoyo para la toma de decisiones como pilotos: la exigencia es innovar y experimentar.
- Vale la pena llevar a cabo proyectos pilotos independientemente de las reformas legislativas
- Los jueces antes de fallar deben conocer a la persona con discapacidad para evaluar sus necesidades de apoyo.
- El ‘cambio de paradigma’ implica un proceso paulatino de transformación social u cultural.
- Debe haber equipos interdisciplinarios de facilitadores y “apoyadores” en el sistema judicial
- Se hace necesario generar Protocolos de Acceso a la Justicia, incluyendo ajustes de procedimiento, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.
- Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial deben encabezar el movimiento a favor del apoyo para la toma de decisiones
- Seguir aplicando Control de Convencionalidad.

# Rompiendo estigmas excluyentes...!



Organization of  
American States



De acuerdo.

Hay cosas que

las personas  
**Sordas**

**no**

podemos hacer

Para todo lo demás  
somos iguales.

**¡Exijo mis  
derechos!**

[www.inclusionlaboralpcd.org](http://www.inclusionlaboralpcd.org) - [facebook.com/inclusionlaboralpcd](https://facebook.com/inclusionlaboralpcd) - [@inclusionpcd](https://twitter.com/inclusionpcd) - [inclusionlaboralpcd@lists.redpoeta.org](mailto:inclusionlaboralpcd@lists.redpoeta.org)



Organización de los  
Estados Americanos





De acuerdo.  
Hay cosas que las personas  
que usan silla de ruedas  
**no**  
pueden hacer.

Para todo lo demás son iguales.

**¡Contrátalas!**

[www.inclusionlaboralpcd.org](http://www.inclusionlaboralpcd.org) - [facebook.com/inclusionlaboralpcd](https://facebook.com/inclusionlaboralpcd) - [@inclusionpcd](https://twitter.com/inclusionpcd) - [inclusionlaboralpcd@lists.redpoeta.org](mailto:inclusionlaboralpcd@lists.redpoeta.org)



# Gracias..!



Organization of  
American States

[pmolina@oas.org](mailto:pmolina@oas.org)