

CAPÍTULO 6

Algunas tendencias jurisprudenciales emergentes sobre capacidad jurídica en los tribunales latinoamericanos

Agustina Palacios*

*Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora Adjunta del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina).

SUMARIO: I. Introducción; II. La capacidad jurídica en los precedentes judiciales: haciendo camino al andar; III. Conclusiones. IV. Precedentes.

*Al andar se hace camino
Y al volver la vista atrás
Se ve la senda que nunca
Se ha de volver a pisar*
Antonio Machado

I. Introducción

A través de este capítulo se pretende presentar una mirada panorámica de algunos precedentes considerados pivotaes respecto a la evolución de la jurisprudencia sobre la capacidad jurídica de los tribunales latinoamericanos. Este texto no pretende ser un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia en materia de capacidad jurídica en la región, sino un planteamiento inicial sobre su estado más reciente, mediante la identificación de los precedentes que, se considera, han marcado una tendencia durante la última década. A dicho fin, se identifican una serie de ejes temáticos emergentes, que forman parte del contenido y alcance de los estándares del derecho internacional en la materia, y que se refieren:

- al reconocimiento de la capacidad jurídica sin discriminación por motivo de discapacidad
- a la garantía de condiciones de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

- al derecho de acceso a la justicia y a la adopción de ajustes de procedimientos
- a la autodeterminación, la capacidad mental y el consentimiento informado
- al derecho al ejercicio de derechos sexuales y reproductivos
- al derecho a la vida familiar

II. La capacidad jurídica en los precedentes judiciales: haciendo camino al andar

Nuestra región persiste en el tránsito sobre el proceso normativo de reforma e incorporación de los estándares que impone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD— en materia de capacidad jurídica,¹ donde el sistema de justicia es un actor fundamental. Es posible identificar precedentes que han acompañado la implementación de este cambio, e incluso otros que lo han impulsado. No obstante, queda camino por andar hacia la profundización de una perspectiva de discapacidad y abordaje de la capacidad jurídica desde los derechos humanos.

1. Sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica sin discriminación por motivo de discapacidad

El reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, descrita en la convención, impone, entre otras exigencias, que dicha capacidad jurídica sea reconocida y pueda ser ejercida sin discriminación por motivo de discapacidad. En este punto, la jurisprudencia en la región es bastante disímil.

¹ Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, 2015; Ley de Autonomía Personal de las personas con discapacidad, Costa Rica, 2016; Decreto Legislativo 1348 y DR, Perú, 2018 y 2019; Ley para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad Colombia, 2019; y actualmente en estudio en otros estados de la región.

A. Precedentes que apoyan las reformas legales a la capacidad jurídica

Existen precedentes judiciales que han apoyado reformas legales. Así, en Perú, el Tribunal Constitucional ha planteado la constitucionalidad y convencionalidad de la reforma, expresando que la norma "que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, [...] nos presenta una nueva realidad de cara a lo que proponen los estándares actuales en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, reivindicando a este grupo de personas, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de derecho".² Apoyando asimismo la reforma, la Corte Suprema de Costa Rica ha planteado la improcedencia de la exigencia de ciertos requisitos que imponían un modelo sustitutivo de la capacidad jurídica por parte del Ministerio de Hacienda, expresando que tal proceder "se contrapone a lo dispuesto al respecto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] como en la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad".³ También en Colombia, bajo el amparo de una reciente reforma legal, la corte ha expresado "que la presunción de la capacidad legal de las personas con discapacidad dispuesta en [...] la Ley 1996 es constitucional, toda vez que atiende a una perspectiva respetuosa con la dignidad humana y la igualdad real y efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales".⁴ Y ha explicado que "los impactos positivos del sistema de apoyos son armónicos con el respeto a los derechos a la dignidad humana y la igualdad" y que "el Estado solo debe reconocer su capacidad legal y prestar los apoyos necesarios para que lo haga en igualdad de condiciones a las demás".⁵

² Tribunal Constitucional de Perú, STC, Exp. Núm. 00194-2014-PHC/TC AREQUIPA.

³ Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia Núm. 2019009287 de Sala Constitucional, 24/05/2019.

⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-025/21-, ap. 55.

⁵ *Ibid.*, ap. 73.

Cabe destacar que previo a la reforma legal la Corte Constitucional colombiana había entendido que "la capacidad jurídica no debe asimilarse a la capacidad mental, pues esta última "se refiere a la aptitud para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales".⁶ Recoge asimismo la Observación General Núm. 1 del Comité CDPD al señalar que el criterio funcional es "incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley".⁷ Más recientemente, en relación a personas con discapacidad "que se encuentran imposibilitadas para manifestar su voluntad por cualquier medio", el tribunal colombiano ha entendido que,

el ejercicio de la capacidad legal para estos casos deberá estar acompañado de una sentencia de adjudicación judicial de apoyos, como un mecanismo necesario para la toma de decisiones. [...] El rol del apoyo no es el de sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, validarla ni habilitar la celebración de actos jurídicos. El rol del apoyo, en contraste, es ayudar a la persona con discapacidad a formular una voluntad frente a la posibilidad de realizar un acto jurídico, y exteriorizarla, o en dado caso, representarla al ejecutarlo. De tal forma, en los casos en los que la persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad, es necesario que los apoyos se dirijan a materializar la decisión más armónica a la vida, contexto y /o entorno social y familiar de la persona en cuestión, elementos que ayudarán a "interpretar la voluntad" del sujeto titular del acto jurídico.⁸

⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-182 de 2016.

⁷ *Id.*

⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-025/21, ap. 661.

B. Precedentes que se refieren a la figura legal de la interdicción

En países donde aún no se ha modificado la ley de fondo, es posible identificar precedentes de tribunales superiores en los que se entiende a la figura de la interdicción como una vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación. Así ha sido expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación —México— al considerar que "la interdicción es violatoria del derecho a la igualdad y no discriminación, entre otros derechos [...] porque restringe la capacidad jurídica a las personas, con base en una condición de discapacidad, lo que se constituye como una distinción indebida y contraria al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".⁹ De esta manera, se consolida el criterio de que el artículo 12 de la CDPD "no permite negar la capacidad jurídica basándose en la deficiencia, esto es, de modo discriminatorio, sino que exige se proporcione el apoyo necesario para su ejercicio. [...] Por tanto, negar o limitar la capacidad jurídica vulnera el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y constituye una violación de los artículos 5 y 12 de la convención, así como del 1º constitucional".¹⁰

Asimismo, resulta interesante analizar un precedente en el cual al analizar una norma electoral que restringía el derecho al voto de personas "sujetas a interdicción judicial" o denominadas "enfermas mentales", la Suprema Corte de México declaró su invalidez por entender que se establecían criterios discriminatorios, apoyados en una categoría sospechosa, abiertamente contraria a la dignidad de las personas. Dejando clara su postura en cuanto a que "las normas que establecen criterios discriminatorios apoyadas en categorías sospechosas no pueden aguardar una interpretación conforme por considerarse abiertamente contrarias a la dignidad de las personas".¹¹

⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, párr. 34, 13 de marzo de 2019.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 87.

¹¹ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, ap. 88, 2 de octubre de 2014.

Adicionalmente, la misma Suprema Corte de Justicia de México ha insistido en la necesidad de distinguir entre "capacidad jurídica" y "capacidad mental". Para la corte mexicana, "el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de inteligencia en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales. Se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos".¹² En una misma línea orientada a clarificar y precisar conceptos y categorías esenciales para la implementación del artículo 12 de la CDPD, la Suprema Corte de México ha ahondado en el contenido, alcance y función de los *apoyos a la toma de decisiones*. Al resolver sobre el reconocimiento de una unión convivencial de una persona con discapacidad explicó lo siguiente:

el tutor de una persona con discapacidad tiene como función asistirle en la toma de decisiones correspondientes, pero no podrá sustituir su voluntad, y que el estado de interdicción deberá concebirse como una institución de asistencia para que la persona tome sus propias decisiones, mismas que deberán respetarse incluso cuando puedan considerarse no acertadas [...Se destacó que] el modelo de apoyo no se basa en la sabiduría para la adopción de las decisiones, sino simplemente en la libertad de las personas para realizarlas y asumirlas, puesto que la libertad de tomar las propias decisiones forma parte del núcleo de cuestiones ligadas inextricablemente al respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual y la independencia de las personas.¹³

Más recientemente, a raíz de un amparo que reclamaba la declaración de inconstitucionalidad de la normativa civil y procedimental sobre interdicción para la Ciudad de México, la Suprema Corte ha reafirmado los conceptos mencionados y ha profundizado en otros.¹⁴ En el caso se explicó detalladamente porqué el sistema de interdicción previsto para

¹² SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 2019.

¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2805/2014, ap. 42, 14 de enero de 2015.

¹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 4/2021 (Fragmento público del proyecto, agosto 2021).

personas mayores de edad con discapacidad en la legislación del Distrito Federal obedece a un paradigma sustitutivo de la voluntad, que es discriminatorio a la luz del artículo 1 de la Constitución y de la CDPD, decretándose su inconstitucionalidad e inconvencionalidad. El tribunal además concluyó que el sistema de interdicción vigente es violatorio de la dignidad humana, que prescribe que las personas sean tratadas "de conformidad con sus voliciones, y nunca en relación con otras propiedades sobre las cuales no tenga el control".¹⁵ Y que en el sistema vigente "no se tiene en cuenta la dignidad humana de la persona con discapacidad, quien sólo se convierte en objeto de estudio respecto de su salud mental, su condición intelectual, sensorial, o cualquier diversidad funcional de tipo psicosocial, para declarar su incapacidad natural y jurídica, cuestionando todo aquello que, a juicio de los médicos expertos, puede o no puede realizar en los términos que se consideran "normales" para el resto de las personas; incluso, puede prescindirse totalmente de su opinión y manifestación de voluntad sobre su propia condición, sin garantizarle un auténtico derecho de audiencia".¹⁶

El tribunal explicó que "el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de inteligencia en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales. Se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos".¹⁷ La corte requirió reconocer y garantizar que toda persona goce "del derecho de gobernar su propia vida, incluida la toma de decisiones sobre qué vida es una vida buena para vivir".¹⁸ Asimismo se destacó que la vulneración de la capacidad jurídica va de la mano de la vulneración de varios derechos que van indisolublemente unidos a ella, entre otros "los derechos a la propiedad, al trabajo, a la autodeterminación para elegir el lugar de residencia, donde y con quien vivir; las

¹⁵ *Ibid.*, párr. 110.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 124.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 80.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 109.

libertades de contratación, de procreación, y de desplazamiento para poder salir de cualquier país incluido el propio, de vivir en forma independiente y en la comunidad, principalmente".¹⁹

En sentido contrario, el Tribunal Constitucional chileno intervino en una causa en la que estaba en juego la inaplicabilidad de una norma de interdicción, alegándose que vulneraba el derecho a la igualdad e invocándose también la CDPD.²⁰ En dicho contexto, se entendió que las normas impugnadas no producirían resultados contrarios a la Constitución y que una eventual adecuación de la legislación nacional a los parámetros derivados de la convención debería ser efectuada por los órganos colegisladores.²¹ Asimismo se afirmó que existe una diferencia de trato entre personas capaces e incapaces que obliga al legislador a diseñar los mecanismos necesarios para proteger a estas últimas, al tiempo que asegura la protección del interés social, de lo que no se sigue que se desconozca su capacidad de goce.²²

2. Sobre la garantía de condiciones de accesibilidad, los ajustes razonables y apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

Las personas con discapacidad enfrentan una discriminación estructural en todos los ámbitos de la vida. Ello se materializa también en barreras que se interponen en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tales barreras se traducen tanto en ausencia de condiciones de accesibilidad —comunicacional o actitudinal— como en la falta de adopción de ajustes razonables o de prestación de sistemas o medidas de apoyo.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 39.

²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, rol Núm. 2703, 26 de enero de 2016. Se rechazó la solicitud argumentando que la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad impediría efectuar juicios de valor o de mérito sobre la legislación.

²¹ *Ibid.*, considerando 27.

²² *Ibid.*, considerando 15.

La Corte Suprema de Argentina ha precisado que en esta materia las normas aplicables —junto a la CDPD— "tienen como ejes no sólo el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica, sino también la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardias y ajustes razonables, tendientes a que quienes estén afectados por estos padecimientos puedan ejercer esa capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás".²³ Así, no solo se refuerza el estándar para el reconocimiento de la capacidad jurídica en iguales condiciones que las demás personas, sino que se reconoce que para que realmente exista dicha igualdad, "deben garantizarse mecanismos de apoyos, salvaguardias en la implementación de dichos apoyos [...], y ajustes razonables".²⁴

En la misma línea, la Suprema Corte mexicana ha expresado lo siguiente:

no se debe negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que debe proporcionárseles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones, asumiendo que cada tipo de discapacidad requiere de unas medidas específicas en virtud de su condición particular y de sus requerimientos personales, con el fin de que pueda ejercer plenamente y por sí misma su autonomía y todos sus derechos.²⁵

Así "para que puedan ejercerla se les debe proporcionar acceso a apoyos y salvaguardias".²⁶ La obligación de brindar apoyos también ha sido exigida por la Suprema Corte de México, al establecer que "la aplicación efectiva del derecho convencional en la actuación del notario público exige que éste facilite el acceso del sistema de apoyos y salvaguardias [...] así como cualquier herramienta que resulte idónea para ayudar a la persona a comunicar su voluntad, velando siempre porque no exista

²³ CSJN, B., J.M. s/insania, 12/06/2012, p.7.

²⁴ *Id.*

²⁵ SCJN, Amparo en Revisión 2015, Ap. 95.

²⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 44/2018, 13 de marzo de 2019.

ningún conflicto de intereses o manipulación".²⁷ La toma de decisiones asistidas,

se traduce en que la persona con discapacidad no debe ser privada de su capacidad de ejercicio por otra persona que sustituya su voluntad: simplemente es asistida para adoptar decisiones en diversos ámbitos, como cualquier otra persona [...] dotándole para ello de los apoyos y las salvaguardias necesarias, para que de esta manera se respeten los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.²⁸

Más recientemente, la Corte Constitucional colombiana entendió lo siguiente:

el marco del modelo social de la discapacidad se comprende que el ejercicio de la capacidad legal debe estar acompañado con una asistencia que elimine las barreras sociales, culturales y ambientales que no permiten manifestar la voluntad [...] para dicho fin] los apoyos se pueden traducir en distintas medidas encaminadas a lograr la materialización de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Estos apoyos pueden ser el acompañamiento de una persona de confianza en la realización de algún acto jurídico, métodos de comunicación distintos a los convencionales, pueden ser medidas relacionadas con el diseño universal o la accesibilidad, entre otros. Los tipos de apoyo y sus intensidades dependerán y variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad y sus necesidades.²⁹

El tribunal colombiano, también ha abordado la obligación de garantizar condiciones de accesibilidad y de adoptar ajustes en el ámbito de la educación superior, a través de un precedente que se originó por la solicitud de un estudiante con discapacidad psicosocial. La corte ordenó a la ins-

²⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 201921.

²⁸ SCJN, Amparo 1043/2015, párr. 93.

²⁹ Sentencia T-231/20 ap. 4.6.1.

titución educativa que lo evaluara de distinta forma, mediante exposiciones y trabajos escritos que se acomodaran mejor a sus necesidades y circunstancias en razón de su discapacidad.³⁰ Asimismo, se ha reconocido que a las personas con discapacidad deben brindárseles "los apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse normalmente". Y que estos:

(i) [d]eben variar en su tipo e intensidad de acuerdo con la diversidad de las personas con discapacidad [...]; (ii) son renunciables, de modo que la persona con discapacidad puede negarse a ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto [...]; (iii) no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad [...] y (iv) la implementación de las medidas de apoyo deben [sic] ser consultadas y contar con la participación de la población con discapacidad.³¹

3. Sobre el derecho de acceso a la justicia y a la adopción de ajustes de procedimientos

El contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia exige la garantía de condiciones de accesibilidad y ajustes de procedimiento que habiliten la participación real y efectiva de la persona que transita un proceso judicial; es decir, todas aquellas que forman parte de las garantías del debido proceso.

La Suprema Corte de México ha manifestado que, el debido proceso y el derecho de audiencia tienen efectos de especial trascendencia, siendo que "la condición de discapacidad históricamente ha representado un factor de desequilibrio para el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, [...] y ha sido el pretexto para que, bajo una supuesta protección, sea vulnerado su derecho al debido proceso y, específicamente, el derecho de audiencia".³² El tribunal ha realizado una interpretación

³⁰ Sentencia T-097 de 2016.

³¹ Sentencia C-182 de 2016.

³² SCJN, Amparo 1043/2015, párr. 72.

que obliga a la adopción de ajustes de procedimiento aun cuando la misma ley procesal no lo prevea, entendiendo lo siguiente:

si bien en el procedimiento impugnado no se prevé expresamente el derecho para que las personas sobre quienes recae la eventual declaración de discapacidad comparezcan ante el juez a expresar su decisión u opinión durante el trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria, [...], la condición de discapacidad actualiza en los juzgadores la obligación de realizar los ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas, y dotar así de eficacia a la Convención en la resolución de los casos concretos que se les plantean para eliminar las barreras que obstaculizan el goce y ejercicio de sus derechos.³³

En este contexto, la Corte mexicana ha resaltado que en los casos en los que se vean involucradas personas con discapacidad, el juzgador debe realizar ajustes necesarios de los procedimientos judiciales mediante formatos accesibles y con los apoyos necesarios para que así puedan expresar lo que a su derecho convenga, de modo que se vea satisfecho su derecho de audiencia.³⁴ Lo anterior se debe al rol esencial que juega el conocimiento de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, así como el posibilitar su participación en el proceso judicial, cualquiera que este sea.³⁵ Por ende;

no puede aceptarse de manera alguna que al estar involucrada una persona con discapacidad, so pretexto precisamente de su discapacidad, ni siquiera se contemple la posibilidad de oírla, vulnerando con ello las formalidades esenciales del procedimiento, el derecho de acceso a la justicia y el principio de igualdad y no discriminación.³⁶

³³ *Ibid.*, párr. 92

³⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1043/2015, 29 de marzo de 2017, párr. 90.

³⁵ *Ibid.*, párr. 83.

³⁶ *Ibid.*, párr. 86.

La exigencia ineludible de que la persona con discapacidad debe participar en el proceso, y que es obligatorio garantizar condiciones de accesibilidad y ajustes para que ello sea posible ha sido destacada recientemente por el Tribunal Superior de Rio Negro de Argentina. En el caso se dejó sin efecto la sentencia de instancia inferior precisamente por la falta de participación de un niño con discapacidad durante el procedimiento judicial.³⁷ Se ordenó remitir la causa al tribunal para que, luego de cumplir con la obligación de escuchar al joven, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. El tribunal entendió que la sentencia impugnada, "a contrario de lo debido y esperado, legitima un enfoque de la discapacidad basado en la perspectiva médica que impide se aplique el principio de igualdad real, pues no reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, las reduce a su deficiencia y las juzga como incapaces de expresarse".³⁸ Destacando que la sentencia de primera instancia no respetaba los estándares de la CDPD en materia de derecho a participación en el proceso judicial, el tribunal profundiza el criterio de igualdad sustantiva descrito por la Observación General Nro. 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde sus cuatro dimensiones; redistribución, reconocimiento, participación y ajustes; e indica que:

a contrario de lo debido y esperado, ha legitimado un enfoque de la discapacidad basado en la perspectiva médica que impide se aplique el principio de igualdad real, pues no reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, las reduce a su deficiencia y las juzga como incapaces de expresarse. [...] y que] incluir no es insertar personas con discapacidad dentro de estructuras existentes sino transformarlos sistemas para que incluyan a todos.³⁹

³⁷ STJ Rio Negro, Secretaría Civil Núm.1, G-3BA-1525-F2017 L. H., M. A. C/ F., A. E. S/ CUIDADO PERSONAL(f) (S / CASACION), 21/10/2020 P 5/9.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibid.*, P 5/9.

Como buena práctica en el contexto del derecho de acceso a la justicia, es posible recordar la primera sentencia en lenguaje sencillo de habla hispana dictada por la Suprema Corte de México.⁴⁰ Esta práctica ha sido replicada con posterioridad por la misma corte,⁴¹ como también por tribunales y juzgados de otros países que conforman la región. Una de las últimas resoluciones fue emitida por la corte de Colombia, el 15 de enero de 2020.⁴² Sin ignorar el mérito de los precedentes citados, debe advertirse que estos avances siguen siendo casos aislados y, por el momento, no es posible afirmar que alguno de los países de la región haya incorporado condiciones de accesibilidad en el sistema de justicia de manera integral. Por lo anterior, no debe olvidarse que las Reglas de Brasilia Revisadas han detallado en gran medida estas exigencias.⁴³

4. Sobre la autodeterminación, la capacidad mental y el consentimiento informado

Sustituir o impedir la toma de decisiones de las personas en base a un diagnóstico o condición de discapacidad constituye una clara violación a la CDPD. Pero la obligación de garantía y efectividad de la toma de decisiones y del consentimiento informado y participativo de personas con discapacidad requiere mucho más que un "no impedir". En primer lugar, se hace necesario el reconocer plenamente dicho ejercicio. En segundo lugar, y como parte de dicho reconocimiento, es necesaria la garantía de condiciones de accesibilidad, adopción de ajustes y la provisión de medidas de apoyos, con las debidas salvaguardas. A ello se suma el afrontamiento de las barreras actitudinales, producto de estereotipos o prejuicios, que se exteriorizan tanto al subestimar las maneras de ser o estar en el mundo de las personas con discapacidad, sus preferencias o narrativa de vida; como también al imponer parámetros

⁴⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013 (lectura fácil).

⁴¹ V. SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019

⁴² Corte Constitucional, T-607 de 2019 Bogotá, 15 de enero de 2020.

⁴³ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Quito-Ecuador, abril de 2018).

de evaluación —aparentemente neutros— que resultan absolutamente discriminatorios.

Un precedente que refleja la arbitrariedad e injusticia respecto al establecimiento de evaluaciones para el ejercicio de la capacidad jurídica se ilustra en la interpretación que realiza la Corte Suprema argentina en un caso ya mencionado, por una sentencia recurrida que inhabilitaba a una persona con discapacidad para ejercer su derecho al sufragio. Si bien en el caso concreto se reconoció dicho derecho al peticionante, al justificar las razones, se expresó lo siguiente:

[Como consecuencia] de las normas antes referidas, la restricción del derecho al voto que prevé el artículo 3, inciso a), del Código Electoral Nacional [...] debe aplicarse de acuerdo con los principios y garantías que rigen para las personas con discapacidad e impone una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad para votar, incluso con la designación de apoyos en el caso de que la persona esté en condiciones de ejercer autónomamente ese derecho pero presente alguna dificultad para poder hacerlo. [...] y que] para restringir válidamente el derecho al voto del señor [...] —y su consecuente exclusión del padrón electoral—, se debió determinar que carecía de capacidad para realizar ese acto político específico, a través de evaluaciones que brindaran razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercer su derecho al sufragio de manera autónoma, es decir, que no podía votar ni aun con alguna medida de apoyo que lo permitiera sin sustituir su voluntad.⁴⁴

La evaluación a la que alude el precedente de la corte ilustra una doble injusticia. La evaluación en sí misma —por razón de discapacidad—, y los parámetros que se describen como "pormenorizados y específicos sobre la capacidad para votar".⁴⁵

⁴⁴ *Ibid.*, ap. 8 y 9.

⁴⁵ *Id.*

En otro caso, que aunque significó un gran avance en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en general, la Corte Suprema argentina dejó plasmado un prejuicio común respecto a las mujeres con discapacidad al interpretar su imposibilidad de consentir relaciones sexuales. Afirmando lo siguiente:

puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice ‘violación’ también se refiera al mismo tipo de víctima. [...] Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).⁴⁶

En sentido similar en cuanto a la restricción en materia de consentimiento, también puede mencionarse una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú referida a una demanda de amparo contra el seguro nacional de salud, solicitando se ordenase el reingreso de una persona a un centro de salud mental. El tribunal establece lo siguiente:

la exigencia en la factibilidad de otorgar el consentimiento informado por parte de una persona con discapacidad debido a algún trastorno mental (grave), lógicamente debe tener como condición que tenga, cuando menos episódicamente, la suficiente madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para decidir por sí misma el mejor tratamiento a seguir, incluyendo la decisión sobre la hospitalización o la atención ambulatoria, a menos que exista alguna situación de emergencia psiquiátrica o

⁴⁶ CSJN, Caso F.A.L. (2012), ap. 18. En el caso la corte analizó la temática desde el derecho internacional de los derechos humanos y además realizó una interpretación amplia del Código Penal que despenaliza el aborto cuando el embarazo es producto de una violación a cualquier mujer, y no solo a mujeres con discapacidad como se quería entender desde una interpretación restrictiva de la norma.

que se encuentre en un estado delirante, psicótico, paranoide, etc., de manera altamente prolongada o permanente.⁴⁷

Aquí cabe preguntar lo siguiente, ¿qué se entiende por "suficiente madurez intelectual, poder de reflexión y sentido de responsabilidad?", como asimismo ¿a quiénes se realiza dicha valoración y bajo qué parámetros?

En relación a los *internamientos forzosos* de personas con discapacidad se destaca la ausencia de precedentes que incorporen de forma integral y acabada los estándares de la CDPD en la materia. En este sentido, y al parecer contrariando incluso a la normativa vigente, el criterio del Tribunal Constitucional peruano ha expresado lo siguiente:

a efectos de decidir si resulta necesaria la hospitalización —por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario— o corresponde la atención ambulatoria que incluya el modelo comunitario, se deben considerar los siguientes factores: en primer lugar, el diagnóstico médico; en segundo término, la necesidad de que a través de una posible hospitalización se garantice la seguridad e integridad del propio usuario y la de terceros (de acuerdo a la intensidad y frecuencia de muestras de agresividad y violencia); en tercer lugar, las características del entorno familiar, lo que incluirá la valoración del aspecto económico y social; y, finalmente, en cuarto lugar, la expresión de voluntad de la persona con discapacidad mental. Por ende, la situación de discapacidad, la garantía de seguridad del paciente y de terceros, y la situación económica, médica y social de la persona o personas sobre las que recaerá la responsabilidad del apoyo, no serán los únicos criterios para restringir la libertad personal de la persona con discapacidad a través del método intramural.⁴⁸

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Perú, EXP Núm. 05048-2016-PA/TC LAMBAYEQUE ODILA YOLANDA CAYATOPA VDA. DE SALGADO, 2020, ap. 38.

⁴⁸ *Ibid.*, ap. 39.

Más recientemente, el tribunal peruano intervino en un caso originado por la privación de libertad a una persona con discapacidad en su propio hogar; es decir un confinamiento doméstico.⁴⁹ Se entendió que en el caso se había vulnerado el derecho a la libertad personal, y ordenó a su madre remover de la habitación de la persona los obstáculos que impedían su libre circulación. Se dispuso asimismo que el juzgado correspondiente adecúe el proceso de interdicción en un proceso de apoyos y salvaguardias conforme la nueva normativa peruana, y en cuyo marco deberán adoptarse las medidas de seguridad apropiadas.⁵⁰ El tribunal, además, estableció que los padres deberán adoptar medidas para asegurar condiciones de vida y salud adecuadas para su hijo.⁵¹ Y dispuso que el ministerio público "adopte un rol más activo, en el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad. Por lo tanto, deberá notificársele con la presente sentencia a dicho órgano para que adopte las acciones que correspondan a tal fin".⁵² Finalmente, se estableció que, dada la naturaleza del caso, el juez o la jueza de ejecución deberá informar al tribunal periódicamente sobre las condiciones en que se encuentra viviendo la persona, a fin de monitorear el cumplimiento de su decisión.⁵³ Sin embargo, el tribunal no parece haber fundamentado la decisión en la voz protagonista del proceso, ni por ende "la expresión de voluntad de la persona con discapacidad", que establece como requisito en precedentes anteriores.⁵⁴

5. Sobre el derecho al ejercicio de derechos sexuales y reproductivos

Como explica en detalle Constanza López Radrigán en este mismo volumen, el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos por parte de las

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Perú, Guillén Domínguez, *STC Exp. Núm. 00194-2014-PHC/TC*, 2019.

⁵⁰ *Ibid.*, punto resolutivo 3.

⁵¹ *Ibid.*, punto resolutivo 2.

⁵² *Ibid.*, punto resolutivo 4.

⁵³ *Ibid.*, punto resolutivo 5.

⁵⁴ V. Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia C-025/21, ap. 661.

personas con discapacidad enfrenta barreras arraigadas en prejuicios y estereotipos acerca de su capacidad de consentir, así como en relación a la vivencia de su propia sexualidad.

Uno de los temas acuciantes en la región se relaciona con las esterilizaciones involuntarias de personas con discapacidad, que como es sabido repercute en mucha mayor medida en las mujeres. La Corte Constitucional de Colombia ha expedido diversas sentencias que reflejan posturas enfrentadas. Una clara ilustración de esta situación ha sido el precedente de la Corte Constitucional colombiana que avaló, en el año 2014, la esterilización de niñas con discapacidad sin su consentimiento.⁵⁵ Se trató de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, por medio de la cual "se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable". El mencionado artículo 7 disponía que "en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad". Para analizar si la disposición demandada se ajustaba o no a la Constitución, correspondió a la corte abordar dos cuestiones. En primer lugar, si la prohibición absoluta de la esterilización quirúrgica para las y los menores adultos configuraba una medida que vulneraba sus derechos a la dignidad humana, igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Y, en segundo término, si la misma prohibición resultaba violatoria de los derechos sexuales y reproductivos de niños y niñas con discapacidad.⁵⁶

⁵⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-131 de 2014. A través de la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 1412 de 2010. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-131-14.htm>>.

⁵⁶ Otero, Suárez, I., *La constitucionalidad de la esterilización quirúrgica definitiva aplicada a los menores de edad en situación de discapacidad mental en Colombia, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional Virtual sobre Discapacidad y Derechos Humanos*, 04/12/2014, pp. 10-13 Disponible en <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/741/Pon_OteroSuarezI_ConstitucionalidadEsterilizacionQuirurgica_2014.pdf?sequence=1>.

Luego de un indagar sobre los derechos de niños y niñas y su relación con la capacidad jurídica, la Corte Constitucional declaró constitucional la prohibición de practicarles la anticoncepción quirúrgica definitiva.⁵⁷ Sin embargo, introdujo dos excepciones a dicha prohibición legal: la primera, para niñas cuyo embarazo resultara un riesgo inminente para su vida, y la segunda, para menores de edad con "discapacidad mental profunda o severa" que no pudieran otorgar su consentimiento a futuro. En estos dos casos se entendió constitucional la esterilización quirúrgica definitiva, siempre y cuando fuera autorizada judicialmente.

La incorporación de la segunda excepción, claramente contraria a la CDPD, se basó en lo siguiente:

[...] la jurisprudencia constitucional ha establecido que, cuando se trata de menores en condición de discapacidad respecto de los cuales se haya comprobado la imposibilidad de que en el futuro otorguen su consentimiento para someterse a la esterilización, los padres o en todo caso el representante legal, deberán solicitar autorización al juez para practicar la anticoncepción quirúrgica. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que una persona que no está en capacidad de comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias de la esterilización, como en el caso de las discapacidades mentales, difícilmente estará en condiciones de comprender la responsabilidad que lleva consigo la maternidad o la paternidad y por ende, las implicaciones de poder o no procrear.⁵⁸

A ello, la corte sumó un argumento desafortunado, al entender que "la decisión de someterse a anticoncepción quirúrgica asegura condiciones de vida más dignas para quienes no pueden tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su libertad reproductiva y que pueden verse

⁵⁷ Consideró que existía una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional, fundamentada en la preservación del derecho de los jóvenes a fundar una familia y a la posibilidad de que en el futuro decidan de manera libre e informada sobre este aspecto

⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-131...*cit.*, párr. 6.4.2.i.

expuestos a embarazos forzados en detrimento de su dignidad e integridad personal".⁵⁹

Es dable aclarar que tiempo después la misma corte modificó su postura incorporando el modelo social de discapacidad y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.⁶⁰ Ante un nuevo caso en que se solicitaba la práctica de esterilización en una adolescente con discapacidad, la corte afirmarí que "el médico no indicó haber consultado el parecer de [...] sobre la posibilidad de someterla al procedimiento quirúrgico. De hecho, la historia de la consulta médica no refiere, siquiera, que se haya intentado indagar al respecto".⁶¹ Tras un análisis que aplicó el artículo 23 de la CDPD, se entendió que el hecho de que la adolescente no hubiera accedido a información y educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad, que no se le hubiera orientado sobre los métodos de anticoncepción adecuados en razón de sus circunstancias y necesidades concretas y que no se le hayan proporcionado los apoyos, ajustes y salvaguardias necesarios para que expresara su voluntad y decidiera informada y libremente si deseaba someterse a algún método de anticoncepción, para que, de ser ese el caso, eligiera el de su preferencia, supuso que se vulneraran sus derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de su personalidad. También su derecho a la igualdad, pues la denegación de los ajustes razonables necesarios para garantizar que las personas con discapacidad gocen y ejerzan sus derechos humanos y libertades fundamentales, es, a la luz de la CDPCD, una conducta discriminatoria.⁶²

Más recientemente, la Corte Colombiana reiteró la prohibición de esterilizar a menores de edad en virtud del artículo 7º de la Ley 1412 de

⁵⁹ *Ibid.*, MP: Mauricio González Cuervo, párr. 1; también *cf. ibid.*, núm. 6.4.4., párrs. 2 y 3.

⁶⁰ Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-665, octubre 30/17. Disponible en <<https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/704010109>>

⁶¹ Sentencia T-573/16.

⁶² *Id.*

2010.⁶³ En particular se expresó que "solo puede exceptuarse la regla de prohibición, en los casos en que un posible embarazo implique un riesgo para la vida de la menor, en cuyo caso es necesario contar con el consentimiento libre e informado de la menor con los ajustes y apoyos que ello implique". Asimismo, el Tribunal colombiano dispuso lo siguiente:

para el caso de las menores en situación de discapacidad que, pese a los apoyos y ajustes necesarios no puedan brindar su consentimiento libre e informado, la realización de este tipo de procedimientos médicos está prohibida, y solo puede exceptuarse por decisión judicial, luego de un procedimiento en que, partiendo de la presunción de la capacidad de la menor para ejercer su autonomía reproductiva se verifique: 1) que la persona hubiera sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo; 2) que existe un riesgo científicamente probado que justifique la necesidad médica de la intervención quirúrgica, 3) que no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización definitiva; 4) que la menor esté en situación de discapacidad profunda y severa; 5) que se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la menor pueda expresar su decisión, infructuosamente; y 6) que no haya posibilidad de que la menor pueda brindar su consentimiento en el futuro.⁶⁴

En la misma línea pueden citarse precedentes en Brasil, mediante los cuales se señala la imposibilidad de someter a una esterilización quirúrgica forzosa a una persona con discapacidad bajo supervisión. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul,⁶⁵ cuando expresó que "el Estatuto de la Persona con Discapacidad, en su art. 6, señala que la discapacidad no afecta la plena capacidad civil de la persona, incluso en lo que respecta a sus derechos reproductivos y

⁶³ Conforme Sentencia T-655 de 2017.

⁶⁴ Sentencia T-231/19. Ap. 4 in fine.

⁶⁵ Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, en Recurso Civil núm. 0431052-80.2016.8.21.7000.

fertilidad, estableciendo una prohibición expresa de la esterilización obligatoria". Y concluye: "es evidente que la sentencia atacada no merece reparaciones, porque, como se ve, la pretensión del demandante no encuentra sustento en la legislación vigente".⁶⁶ En el mismo sentido, la Corte de Justicia de São Paulo⁶⁷ afirmó que la realización de la cirugía de esterilización está permitida únicamente con el consentimiento libre e informado de la persona bajo custodia, en los términos del artículo 12 del Estatuto de la Persona con Discapacidad. En otra interesante sentencia, la Corte de Justicia de São Paulo advirtió que la manifestación genérica de la persona con discapacidad, el consentimiento para el procedimiento médico no es suficiente para cumplir con los requisitos legales de esterilización quirúrgica, requiriendo "la verificación de un consentimiento informado más completo".⁶⁸

6. Sobre el derecho a la vida familiar y el ejercicio de la responsabilidad parental

Son muchos los ámbitos en los cuales las personas con discapacidad aun enfrentan barreras en lo que atañe a la vida familiar. En este apartado nos referimos, en concreto, al ejercicio de la responsabilidad parental y el derecho a no ser separadas o separados por motivo de discapacidad.

La Corte Suprema de Argentina tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto al reclamo de una madre con discapacidad intelectual a quien habían separado de su hijo recién nacido, pues se asumió que debido a su discapacidad se ponía en peligro al niño. Durante el proceso, la corte destacó las vulneraciones de derechos que habían sufrido tanto la madre como el hijo. El precedente no solo identifica la discriminación por motivo de discapacidad que fundamenta la separación de un hijo recién

⁶⁶ TJRS, Apelação Cível núm. 0431052-80.2016.8.21.7000, 09/03/2017.

⁶⁷ Corte de Justicia de São Paulo, TJSP, Apelação Cível núm. 1006852-85.2017.8.26.0597, 28/01/2020.

⁶⁸ TJSP, Primeira Câmara de Direito Privado, Apelação Cível núm. 0006336-97.2012.8.26.0099, 06/02/2018.

nacido de su madre en razón de discapacidad, sino que además destaca el derecho de esta madre a contar con un sistema de apoyos para el ejercicio del derecho a la maternidad.⁶⁹ En el caso, la corte resalta la obligación estatal de garantizar "la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos".⁷⁰ Ese temperamento rector enmarca la noción de "ajustes razonables cuyo aseguramiento queda a cargo de los Estados y que, en la lógica de la CDPD, apunta no solo a la accesibilidad del entorno físico sino, principalmente, al ejercicio de todos los derechos humanos".⁷¹ Y que tal "paradigma supone que la capacidad jurídica -reconocida por el artículo 12, no solo hace referencia a la titularidad de los derechos sino, centralmente, a su completo ejercicio por el propio individuo. Por ende, trae consigo la incorporación de esos ajustes razonables, cuya implementación efectiva deben garantizar los Estados".⁷²

Más recientemente, la Corte Suprema de Chile adoptó fundamentos similares en un caso en el cual se resolvió anular una declaración de estado de adopción de una niña.⁷³ En los fundamentos se estableció que la resolución impugnada vulneraba tanto los derechos de la niña como los de la madre. La corte advierte lo siguiente:

[...]resulta necesario destacar el contexto en que se desarrolla la controversia [...], que fluye de los hechos establecidos en el proceso, y que evidencia las múltiples formas de discriminación a que se ha visto expuesta la madre de la niña a través de su vida, como mujer discapacitada, en situación de pobreza y víctima de violencia, lo que ha lesionado gravemente su dignidad como persona e impedido que pueda disfrutar plenamente y, en condiciones de igualdad, de todos los derechos y libertades que la Convención

⁶⁹ C.S.J.N, I., J. M. s/ protección especial, 07/06/2016, adhiriendo al Dictamen de Procuración General.

⁷⁰ *Ibid.*, acápite Lb y 2.

⁷¹ *Ibid.*, 2 y 5.

⁷² *Ibid.*, ap. IV.

⁷³ Corte Suprema de Chile, RIT RUT del Segundo Tribunal de Familia de Santiago, 19/02/2020.

Internacional de Derechos de las personas con Discapacidad hoy pretende asegurarle.⁷⁴

Por ende, para la corte chilena la obligación estatal no se agotaba con el ofrecimiento de lo siguiente:

programas destinados a fortalecer sus habilidades parentales —los que de hecho realizó íntegramente, sin lograr los estándares esperados para estimarla habilitada para tener el cuidado de la niña— sino que era crucial, trabajar aquellos aspectos particulares que dada su condición necesitaba fortalecer y, ante la carencia de un entorno social que pudiera colaborar en la crianza, proporcionarle derechamente la asistencia necesaria para desempeñar esa responsabilidad, dimensión que no consta haya sido explorada por los órganos intervinientes.

En un sentido similar, y destacando la necesidad de contar con apoyos en el ejercicio de las labores de cuidado y el ejercicio de la responsabilidad parental, la Suprema Corte de México ha determinado lo siguiente:

las autoridades judiciales cuando adviertan que por condiciones de discapacidad una persona puede tener dificultades para realizar las labores del cuidado de menores, especialmente tratándose de una discapacidad neurobiológica o psicosocial, en un juicio de guarda y custodia donde se dirime quién de los dos progenitores resulta el más apto para el cuidado de los hijos y ello pueda representar la sospecha de un riesgo para los menores; sí pueden ofrecerse alternativas de apoyo que como medida preventiva faciliten al progenitor con discapacidad las labores de guarda y cuidado de infantes.⁷⁵

En otro contexto, se destaca un precedente de la Suprema Corte mexicana en la cual se establece:

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5904/2015, 28/09/ 2016.

el consentimiento del padre no se puede suplir, ya que el padre biológico no ha perdido la patria potestad sino que ésta fue suspendida al momento de ser declarado en estado de interdicción y según la normativa aplicable, para que el trámite de adopción pueda tener lugar es necesario que otorgue su consentimiento. Se sostuvo que el modelo social implicaba que el tutor únicamente podía tomar decisiones por la persona declarada incapaz en casos excepcionales. En ese sentido, manifestó que existían algunas decisiones trascendentales que eran inherentes a la persona a tal grado, que no eran susceptibles de ser delegadas a un representante.⁷⁶

Adicionalmente y en relación a la constitucionalidad de una norma del Código de la Infancia y la Adolescencia,⁷⁷ la Corte Constitucional de Colombia se refirió a las condiciones jurídicas para el otorgamiento del consentimiento parental informado para el otorgamiento en adopción de una o un descendiente biológico. La norma indica cuales son las situaciones en las cuales se puede prescindir de dicho consentimiento, señalando que "se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses". La corte tuvo que resolver si la causal referida al "padecimiento de una enfermedad mental" resultaba compatible con el bloque de constitucionalidad, entendiendo:

está de por medio la exigencia de lograr una ponderación o equilibrio entre la garantía de los derechos de los niños, orientada ante todo por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor, elemento que debe incorporarse como eje central del análisis constitucional, así como el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, de conformidad con los artículos 42 y 44 CP; y los derechos de los padres, en este caso,

⁷⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014, 23/09/2015.

⁷⁷ Ley 1098/06, párr. 3, art. 66.

de aquellos que se encuentran en situación de discapacidad, especialmente del derecho a la igualdad —art. 13 CP— y los derechos específicos de esta población, de conformidad con el artículo 47 CP, y los tratados internacionales sobre la materia, en particular la Convención sobre los Derechos de las Personas en Estado de Discapacidad —CDPD—. ⁷⁸

En su análisis de constitucionalidad y convencionalidad, la corte colombiana expresó lo siguiente:

[Que la norma] realiza una diferenciación discriminatoria *a priori* respecto de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de dar el consentimiento para adoptar entre los padres y madres que tienen una enfermedad mental frente a quienes no la tienen. [...] la disposición acusada contrariaría el entendimiento de la discapacidad desde el modelo social adoptado por la jurisprudencia constitucional, lo cual fue puesto de relieve por la mayoría de los intervinientes, modelo que reconoce (a) la garantía efectiva del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; (b) la implementación de medidas de inclusión social en favor de estas personas, y el reconocimiento de los derechos a la personalidad y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental; y (c) la adopción de medidas y ajustes razonables para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; de conformidad con los artículos 13, 14, 47 CP.⁷⁹

Y finaliza señalando:

la disposición acusada no incluye la obligación de adoptar medidas y ajustes razonables para el ejercicio de los derechos de los padres que se encuentran en estado de discapacidad [...] ni tampoco medidas de apoyo en la toma de decisiones autónomas e independientes para otorgar un consentimiento válido e idóneo

⁷⁸ Sentencia T-741/2015, ap. 5.

⁷⁹ *Id.*

para la adopción de sus hijos, con el fin de remover todas las barreras sociales que les impiden su inclusión social, reconocer su personalidad y capacidad jurídica, como sujetos morales y jurídicos, medidas que en criterio de esta Corporación deben adoptarse en cada caso en concreto y dependiendo del tipo y nivel de la limitación.⁸⁰

III. Conclusiones

La jurisprudencia de los tribunales superiores de Latinoamérica presenta un progreso en materia de reconocimiento y garantía de los derechos para las personas con discapacidad. Ello se ha venido manifestando, específicamente, en el campo del reconocimiento del artículo 12 de la CDPDC, referido al igual reconocimiento de la capacidad jurídica. No obstante, una lectura global de los precedentes ilustra interpretaciones disímiles, no solo entre los órganos decisorios, sino incluso respecto al contenido y alcance de los derechos analizados. Parece que aún falta profundizar dichos estándares, no solo en términos conceptuales —modelo social y enfoque de derechos humanos— sino también normativos —CDPD— e interpretativos —incorporando la labor de los órganos que integran el sistema de protección de derechos humanos—.

Así, sobre el *reconocimiento de la capacidad jurídica sin discriminación por motivo de discapacidad* queda pendiente ahondar en las diferentes dimensiones de la discapacidad que inciden en el reconocimiento de la capacidad jurídica y por ende en el ejercicio de los derechos. Si bien se ha avanzado en reconocer por algunos tribunales que la interdicción de personas con discapacidad resulta discriminatoria, no se llega a plasmar una cabal comprensión de las razones ni de las herramientas para erradicarlas. Ello ha llevado a algunos tribunales, por ejemplo, a habilitar excepciones a esta garantía en el ejercicio concreto de ciertos derechos, —como el sufragio y el consentimiento informado— fundadas en la

⁸⁰ *Id.*

condición de discapacidad, que salvo alguna excepción-, sigue siendo abordada desde una mirada netamente médico-rehabilitadora.

Lo anterior conlleva el riesgo de reducir la identidad de la persona a su condición, pero además, desde una mirada normalizadora y estigmatizante a partir de un diagnóstico que se describe como una "deficiencia mental o intelectual". Para evitar lo anterior, sería de utilidad profundizar en tres dimensiones que interactúan: (i) la condición de discapacidad —aquella personal que suele definirse como deficiencia, pero debería hacerse desde otra mirada superadora; (ii) la situación de discapacidad —interrelacional— que aparece cuando entran en juego las barreras sociales y, finalmente (iii) la posición de discapacidad, cuyo origen está en nuestras representaciones, en nuestras valoraciones, en nuestra cultura. Un proceso judicial o una sentencia que no comprende ni habilita una mirada de la condición de una persona, más allá de una etiqueta médica, puede convertirse en la barrera que la coloca en la situación y posición de discapacidad que justamente se debe prevenir o erradicar.⁸¹

Además, parece necesario profundizar en la noción de *igualdad sustantiva* en materia de capacidad jurídica. Ello, con miras a respetar y garantizar sus diversas dimensiones, no solo a través de la sentencia, sino incluso durante el desarrollo del mismo proceso judicial. Es decir, una dogmática de los tribunales que: (i) garantice una dimensión *redistributiva* que tenga en cuenta que las personas con discapacidad integran uno de los colectivos que representa mayores niveles de exclusión social en términos de distribución de los recursos y bienes; (ii) una dimensión de *reconocimiento* para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; (iii) una dimensión de *participación* para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la

⁸¹ V. Corte Constitucional Colombiana, T-525 de 2019.

sociedad; y (iv) una dimensión de *ajustes*, para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana.⁸²

Esto último tiene plena incidencia en dos ámbitos analizados anteriormente: la garantía de *condiciones de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica* y el *derecho de acceso a la justicia y a la adopción de ajustes de procedimientos*. Si bien los precedentes analizados parecen avanzar hacia la consideración de las medidas o sistemas de apoyo como parte del derecho a la no discriminación, es de suma importancia que dichas medidas y sistemas sean consideradas como parte del contenido esencial del ejercicio cada derecho, y asimismo como derecho subjetivo. Es posible encontrar precedentes que exponen la ausencia de condiciones de accesibilidad, sistemas de apoyos y ajustes de procedimiento respecto de la participación dentro del mismo proceso judicial. Esto es considerado una práctica discriminatoria. Por el momento estos precedentes apuntan a sentencias de tribunales inferiores, pero no van más allá, impulsando medidas a nivel macro dentro del propio sistema de justicia y que puedan prevenir que se repliquen estos casos a futuro. Dentro de los mismos precedentes estudiados, es posible encontrar omisiones de participación de las personas dentro de estos procesos, sobre todo en materia de consentimiento informado.

Ello nos conduce al cuarto punto analizado en este capítulo. Es probable encontrar aun cierta confusión entre la *autonomía funcional* y la *autonomía moral* de las personas, que se manifiesta también en la asimilación de la denominada capacidad mental con la capacidad jurídica. Los precedentes siguen —en algunos casos ilustrando, y en otros incluso manifestando— la existencia de estereotipos y prejuicios, que se exteriorizan a través de la subestimación o anulación de ciertas maneras en las que las personas con discapacidad son o están en el mundo. Más específicamente, sus elecciones, deseos, preferencias e incluso narrativas de vida

⁸² Comité CDPD, Observación General Núm. 6, 26/04/2016.

propia. Esto a su vez puede ser consecuencia de la imposición de parámetros de evaluación de la capacidad mental, que se presentan como neutros, y resultan absolutamente discriminatorios. En este punto es posible detectar las manifestaciones de la mirada *medicalizada*, la cual se encuentra muy alejada de poder garantizar los derechos y el respeto por la dignidad. La pregunta que rige esta perspectiva es si la persona "puede", cuando claramente lo que compete es saber qué es lo que la persona *requiere*.

La siguiente cuestión que se analizó en este capítulo fue sobre el derecho al ejercicio de *derechos sexuales y reproductivos*. Como vimos, existen barreras arraigadas tanto sobre el consentimiento, como también en relación con la vivencia de la sexualidad de las personas con discapacidad, particularmente las mujeres. Es posible observar una evolución de la jurisprudencia en cuanto a la prohibición de esterilizaciones forzadas, que lamentablemente se forjó a partir de precedentes que las habilitaban. En contraste, es posible encontrar también precedentes que establecen la imposibilidad de consentir relaciones sexuales de mujeres adultas con discapacidad. Esto resulta preocupante desde una mirada interseccional, pues ilustra una clara ausencia de perspectiva de género y de perspectiva de discapacidad que debería ser profundizada.

El último punto analizado en este capítulo versó sobre el derecho a la *vida familiar* —concretamente al ejercicio de la responsabilidad parental—. No hay duda de que una de las vulneraciones más graves en esta materia es la que tiene por resultado la división de vínculos familiares por motivo de discapacidad. En este sentido los precedentes analizados son alentadores, dado que no solo manifiestan este entendimiento, sino que comprenden que el derecho al ejercicio de dicha responsabilidad y cuidados requiere de un sistema que acompañe —mediante prestaciones, condiciones de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos—. Mucho menos alentadoras resultan las sentencias de tribunales inferiores que dieron lugar a estos precedentes, en los cuales puede advertirse, no solo

la ausencia de provisión de apoyos y prestaciones para el ejercicio del derecho, sino también la falta de aplicación de estándares de derechos humanos, y una clara interferencia motivada por diagnósticos médicos a partir de los cuales se deduce un peligro inminente. Resulta llamativa la ausencia de perspectiva de interseccionalidad, de apoyos para el maternaje y la invisibilización de situaciones de pobreza en estos casos.

Es posible deducir e identificar —en términos generales— una *emergente pero insuficiente perspectiva de discapacidad*, que conlleva a modificar los mecanismos, normas, prácticas y valores que reproducen la situación de desigualdad estructural que viven las personas con discapacidad. Para que esta perspectiva progrese, es necesaria la comprensión y aplicación del *modelo social de discapacidad*; de los ámbitos de accesibilidad en todo su significado y alcance; de la participación de las personas con discapacidad a nivel de políticas públicas, en los procesos judiciales y en el desarrollo de su propia personalidad; no perder de vista que dicha situación de desigualdad estructural se entrecruza con otras, y es la consecuencia de barreras físicas, comunicacionales, actitudinales y hasta legales, que impiden el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. Si bien existen sentencias donde se dice adoptar el modelo social, la mirada sobre la condición individual sigue siendo patologizante, y el diagnóstico sigue colonizando vidas y resoluciones judiciales.

Los precedentes citados han sido seleccionados pues se entiende que fijan las interpretaciones más cercanas a los estándares de la CDPD. Son el faro que pretende iluminar el camino a tribunales inferiores, e incluso incidir en un cambio social. Sin embargo, incluso en aquellos países que han alcanzado una reforma legal en materia de capacidad jurídica, existe un denominador común signado por la necesidad de seguir profundizando o incluso transformando la *praxis* judicial. En este camino la perspectiva de discapacidad es una herramienta necesaria y obligada para el sistema de justicia que permite avanzar hacia una igualdad inclusiva y transformativa de los esquemas de desigualdad que inciden en la identidad,

los proyectos y las narrativas de vida de las personas. Sin olvidar que son muchas aun quienes siguen viendo restringido el derecho de hacer su propio *camino al andar*.

IV. Precedentes

Argentina

- CSJN, B., J.M. s/insania, 12/06/2012.
- CSJN, F.A.L. s/ medida autosatisfactiva 13/03/2012.
- C.S.J.N, I., J. M. s/ protección especial, 07/06/2016.
- STJ Rio Negro, Secretaría Civil Núm.1, H., M. A. C/ F, A. E. S/ CUIDADO PERSONAL, 21/10/2020.

Brasil

- Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, en Recurso Civil núm.0431052-80.2016.8.21.7000.
- TJRS, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível núm. 0431052-80.2016.8.21.7000, 09/03/2017.
- Corte de Justicia de São Paulo, TJSP, Apelação Cível núm. 1006852-85.2017.8.26.0597,28/01/2020.
- TJSP, Apelação Cível núm. 0006336-97.2012.8.26.0099, 06/02/2018.

Chile

- Tribunal Constitucional, rol núm. 2703, 26 de enero de 2016.
- Corte Suprema de Chile, RIT RUT del Segundo Tribunal de Familia de Santiago, 19/02/2020.

Costa Rica

- Corte Suprema, Sentencia núm. 2019009287 de Sala Constitucional, 24-05-2019.

Colombia

- Corte Constitucional, Sentencia -131/14, T-740/14.
- Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia T-573/16.
- Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.
- Corte Constitucional Sentencia T-655 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 2019.
- Corte Constitucional, Sentencia T-231/19.
- Corte Constitucional, Sentencia T-607/2020.
- Corte Constitucional, Sentencia C-025/21.

México

- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013 (lectura fácil).
- SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 38/2014 y sus acumuladas 91/2014, 92/2014 y 93/2014, 2 de octubre de 2014.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014, 23/09/2015.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5904/2015, 28/09/2016.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1043/2015, 29 de marzo de 2017.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 44/2018, 13 de marzo de 2019.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 2019.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 4/2021.

Perú

- STC, Exp. núm. 00194-2014-PHC/TC 2014.
- *STC Exp. núm. 00194-2014-PHC/TC*, 2019).
- STC. EXP. núm. 05048-2016-PA/TC, 2020.