

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

**“INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERDICCIÓN Y CURADURÍA DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL  
ECUATORIANO CON LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LINEAMIENTOS PARA UNA  
REFORMA NORMATIVA”**

**DIRECTORA: ADRIANA MONESTEROLO**

**ALEX DAVID GUASHPA GÓMEZ**

**QUITO, MAYO 2015**

luto, 20 de abril del 2015

Señor doctor  
IANUEL JIMENEZ  
Secretario Facultad de Jurisprudencia PUCE  
Ciudad.-

Señor Doctor:

Por medio del presente, me dirijo a Usted y por su digno intermedio, al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, con el fin de informar acerca de la Disertación previa a la obtención del título de Abogado titulado "INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERDICCION Y DE LA CURADURIA DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL CODIGO CIVIL ECUATORIANO CON LA CAPACIDAD JURIDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA NORMATIVA", elaborado por el señor ALEX DAVID GUASHPA GOMEZ, en base a los siguientes puntos:

El tema tratado es sumamente interesante, ya que efectivamente las disposiciones sobre capacidad jurídica en el código civil necesitan una reforma urgente para la elaboración y posterior aplicación de normas jurídicas por el momento inexistentes dentro de la sociedad ecuatoriana, acordes con la normativa internacional vigente y con la propia Constitución.

El Estudiante ha realizado una excelente labor de redacción que denota un gran aporte personal a la vez que un gran conocimiento del tema tratado, con análisis exhaustivo de la doctrina y el derecho comparado.

Las recomendaciones del trabajo pueden y deberían ser implementadas en nuestro país, constituyen por lo tanto un aporte muy valioso.

La bibliografía señalada es pertinente, suficiente para la realización del trabajo y actualizada para el tema.

Considero que este trabajo, simplificando un poco el título del mismo, merece la MENCION DE HONORIFICACION.

Por consiguiente, me permito calificarlo con la nota de DIEZ SOBRE DIEZ.

Respectuosamente, agradeciéndole la atención que se me presta al presente, me suscribo de Usted.

Respectuosamente,

  
Merlyn Sacoto  
PROFESORA AGREGADA

Quito, abril 21 del 2015

Señor doctor

**MANUEL JIMÉNEZ MOREANO**

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Presente.

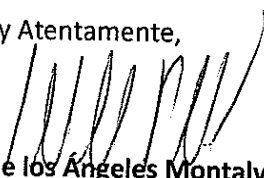
De mi consideración:

De conformidad con el Reglamento de Grados vigente, he sido designada Profesora Informante de la Disertación de Abogacía titulada **"INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERDICCIÓN Y CURADURÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO A LA LEUZ DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LINEAMIENTOS PARA UAN REFORMA NORMATIVA**, elaborada por el señor **ALEX GUASHPA GOMEZ**, previo a la obtención del título de abogado, por lo que permito informar a usted lo siguiente:

- 1.- La Disertación aborda de una manera muy inteligente un tema tan novedoso, que modifica la estructura normativa respecto de las personas con discapacidad y concluye que la interdicción y la curaduría contravienen el derecho a la dignidad de las personas con discapacidad;
- 2.- El trabajo tiene una deficiencia obvia en cuanto a señalar expresamente las medidas que deben adoptarse desde el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad;
- 3.- La horizontalidad de las medidas requiere su implementación no únicamente desde una visión meramente doctrinaria y especulativa, sino práctica y eficiente. A mi modo de ver la tesis presenta un planteamiento impecable desde la doctrina pero no aterriza en la realidad respecto a la implementación de medidas acogidas por las normas y de políticas públicas desde la visión del Ejecutivo, que permitan hacer efectivo el ejercicio del derecho.

Por las razones expuestas la calificación que consigno es de NUEVE SOBRE DIEZ.

Muy Atentamente,



**Dra. María de los Angeles Montalvo**

**DOCENTE**

## DEDICATORIA

*El presente trabajo de disertación se lo dedico:*

*A mis padres José y Luz, por ser las personas a las que amo infinitamente.*

*A mis hermanos Delia, Washington, Alexandra, José, Verónica, porque han sido mi gran apoyo durante esta etapa.*

*A Paúl mi hermano menor, porque espero ser su ejemplo a seguir.*

*A mi querida tía Santa, mi segunda madre.*

## AGRADECIMIENTO

*Mi gratitud, principalmente a Dios quien me ha dado la vida y me ha permitido culminar la carrera.*

*A mis padres y hermanos(as) por ser aquellos que me han acompañado incondicionalmente.*

*A mi tío Ángel y mi tía Dina por apoyarme durante mis estudios universitarios.*

*A mi directora de tesis, Adriana Monesterolo, quien me ha orientado en todo momento en la realización de esta disertación.*

*Al Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sus profesores y compañeros.*

*A mis amigos y amigas por todo lo que hemos compartido.*

## RESUMEN

La presente disertación aborda un tema novedoso y complejo: la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial o mental, que es reconocida por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por el Ecuador el 3 de abril de 2008. A partir de esta obligación internacional se tornan incompatibles la interdicción y curaduría del Código Civil ecuatoriano, pues impiden a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica.

Para esto, el presente trabajo de disertación se ha estructurado en 4 capítulos:

En el primer capítulo se desarrollan los paradigmas sobre la discapacidad, es decir, las maneras en las que las sociedades han entendido esta condición y cómo esto ha incidido jurídicamente en los derechos de las personas con discapacidad. Así, se hace un recorrido desde la invisibilidad de las personas con discapacidad, luego su consideración como objetos, y finalmente su reconocimiento como sujetos de derechos.

En el segundo capítulo se estudia la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el derecho internacional, a partir del análisis del art. 12 de la CDPD que reconoce la personalidad jurídica, la capacidad jurídica plena, los sistemas de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad. Asimismo, se analiza la discrepancia que existe entre la CDPD y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Personas con Discapacidad.

En el tercer capítulo se aborda la interdicción y la curaduría desde un enfoque de derechos humanos. Se estudian 5 procesos de interdicción, de cuyo análisis se depende la violación de derechos constitucionales como la notificación, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. Dentro de este capítulo se estudia cómo las figuras de la interdicción y la curaduría no sólo vulneran el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, sino cómo también les impide el ejercicio de otros derechos patrimoniales y personalísimos. En la última parte de este capítulo se abordan las obligaciones constitucionales e internacionales por las que el Estado ecuatoriano debe modificar el régimen de interdicción y curaduría para las personas con discapacidad.

En el cuarto capítulo se presenta el aporte del trabajo de disertación que surge de la investigación anterior, pues plantean algunos lineamientos de reforma normativa

frente a la interdicción y la curaduría. La propuesta se sustenta en la accesibilidad universal y los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica, luego se establece la obligación de derogar la interdicción y curaduría por mecanismos de apoyo y salvaguardias y, se establece la propuesta concreta de derogación de artículos del Código Civil.

Finalmente, se exponen las conclusiones respecto a la incompatibilidad de la interdicción y curaduría con el art. 12 de la CDPD y se realizan recomendaciones para lograr el cambio de paradigma respecto a la discapacidad y reconocer la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
RESUMEN.....	v
ÍNDICE .....	vii
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	x
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.- PARADIGMAS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA JURÍDICA. ....	3
1.1 Invisibilidad jurídica de las personas con discapacidad. ....	3
1.1.1 Paradigma tradicional o de prescindencia.....	4
1.2 Las personas con discapacidad como objetos de tutela.....	6
1.2.1 Paradigma médico rehabilitador. ....	7
1.3 Las personas con discapacidad como sujetos de derecho. ....	12
1.3.1 Paradigma social. ....	13
1.3.2 Paradigma de los derechos humanos.....	18
CAPÍTULO II: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	23
2.1 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ....	24
2.1.1 Adopción del concepto amplio de la capacidad jurídica en la CDPD. ....	25
2.1.2 Adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones en la CDPD..	27
2.1.3 Análisis del art. 12 de la CDPD.....	30
2.2 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....	36
2.2.1 Discrepancia entre el art. I, 2 b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y el art. 12 la CDPD. ....	37
CAPÍTULO III: LA INTERDICCIÓN Y CURADURÍA COMO NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL	

Y PSICOSOCIAL. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO ECUATORIANO. ....	40
3.1 La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Ecuador.....	40
3.2 Críticas al modelo sostenido por el Código Civil ecuatoriano. ....	42
3.2.1 El modelo de atribución por status de incapacidad jurídica en el Código Civil. ....	42
3.2.2 La supremacía de la prueba médica en el proceso de interdicción. ....	44
3.2.3 La persona con discapacidad intelectual y psicosocial como objeto del proceso de interdicción.....	49
3.3 Efectos del estado de interdicción y curaduría. ....	54
3.3.1 La sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en la toma de decisiones. ....	54
3.3.2 Restricción para ejercer actos jurídicos patrimoniales. ....	55
3.3.3 Restricción para ejercer actos jurídicos personalísimos. ....	58
3.3.4 Imposibilidad de acceder a la justicia.....	65
3.4 ¿La interdicción y la curaduría son mecanismos de protección?. ....	68
3.5 La interdicción y curaduría como figuras incompatibles con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. ....	70
3.6 Obligaciones constitucionales e internacionales del Estado ecuatoriano de adecuar el ordenamiento jurídico interno. ....	73
3.6.1 Obligaciones constitucionales. ....	73
3.6.2 Obligaciones internacionales.....	78
CAPÍTULO IV: PROPUESTA: IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS COMO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL.....	83
4.1 La accesibilidad universal y los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aproximación al sistema de apoyos y salvaguardias.....	83
4.1.1 La accesibilidad universal y los ajustes razonables aplicados a la capacidad jurídica.....	84
4.1.2 Aproximación al sistema de apoyos y salvaguardias. ....	86
4.2 La experiencia del Derecho comparado. ....	89
4.2.1 Italia. ....	89
4.2.2 Suecia.....	92

4.3 Reforma normativa al Código Civil: lineamientos y propuesta .....	94
4.3.1 Lineamientos para la aplicación de los sistemas de apoyos.....	96
4.3.2 Lineamientos para la aplicación de las salvaguardias. ....	101
4.3.3 Propuesta de reforma normativa. ....	102
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. ....	107
5.1 Conclusiones.....	107
5.2 Recomendaciones.....	111
Bibliografía.....	115

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

art. (s)	Artículo (s)
C.C	Código Civil
C.P.C	Código de Procedimiento Civil
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDDIS	Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CIADDIS	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento
CONADIS	Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
FGE	Fiscalía General del Estado
MIESS	Ministerio de Inclusión Económica y Social
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SETEDIS	Secretaría Técnica de Discapacidades
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Corte Europea de Derechos Humanos

## INTRODUCCIÓN

Discapacitados, minusválidos, inválidos, loquitos, personas con capacidades especiales son algunos de los adjetivos peyorativos y eufemismos con los que comúnmente se denomina a las personas con discapacidad. Estas formas de llamarlos parten de una noción de “normalidad”, que ha generado una idea estandarizada de cómo debemos ser los seres humanos y que coloca al margen a todos los que difieren.

Así, la interdicción y curaduría, surgen en períodos en que la sociedad consideraba a las personas con discapacidad como anormales, enfermos e inhábiles, como aún lo contemplan algunas de nuestras normas jurídicas.

*"Un adulto, que se encuentra en un estado habitual de imbecilidad, demencia o locura, debe ser interdicto, a pesar de que tal estado presente algunos intervalos lúcidos";* suena parte de nuestro Código Civil. Sin embargo, esta norma es el art. 488 del Código Napoleón del año 1804.

Se puede decir entonces que la interdicción y la curaduría son instituciones jurídicas muy antiguas, que han sido aplicadas especialmente a personas con discapacidad intelectual y psicosocial, pues su capacidad jurídica ha sido cuestionada y por lo general anulada.

En relación a la capacidad jurídica, a los efectos del presente trabajo, en consonancia con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ésta incluye la capacidad de goce y la “capacidad de ejercicio”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos, de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.<sup>1</sup>

La interdicción y la curaduría anulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que conlleva la limitación en el ejercicio de sus derechos y la designación de una tercera persona que la sustituye en la toma de decisiones.

Frente a esta situación, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad implica un cambio fundamental, pues obliga a los Estados a respetar y garantizar la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad.

---

<sup>1</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*. Artículo contenido en Pérez Bueno. *Hacia un derecho de la discapacidad*, Estudios en homenaje al profesor Rafael De Lorenzo, Aranzadi, España, 2012. p. 359.

Es decir, los Estados deben derogar el sistema clásico de sustitución de la voluntad (interdicción y curaduría) por sistemas de apoyos y salvaguardias en el ejercicio de la capacidad jurídica; de tal manera que sean las propias personas con discapacidad las que tomen sus decisiones.

La interdicción y curaduría han generado consecuencias negativas a las personas con discapacidad, ya que les ha imposibilitado el ejercicio de derechos, y dado que sus decisiones son tomadas, sistemáticamente por terceros, las personas con discapacidad pueden generar dependencia. Además, la interdicción contrario a su afán protector, puede desembocar en un estado de mayor vulnerabilidad y generar abusos sobre su patrimonio y persona.

Precisamente, el objetivo de esta tesis es demostrar la incompatibilidad de la interdicción y la curaduría con las obligaciones contraídas por el Estado ecuatoriano, a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y, proponer lineamientos para la reforma del Código Civil que faciliten el diseño e implementación de un sistema de apoyos y salvaguardias, que permitan el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

La metodología utilizada para la realización del trabajo es principalmente, la comparativa entre la legislación nacional y la internacional; asimismo la interpretativa de los textos consultados, y la inductiva en el análisis de los procesos que nos permiten llegar a conclusiones generales. Además, se utilizaron aportes históricos, sociológicos, y entrevistas.

## **CAPÍTULO I.- PARADIGMAS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA JURÍDICA.**

Este capítulo aborda los valores culturales y sociales predominantes que determinaron la manera en que se abordó la discapacidad y cómo impactaron e impactan la calidad de vida de las personas con discapacidad y por ende en el disfrute de sus derechos humanos.<sup>2</sup>

Para iniciar, se debe precisar el término *paradigma* que se utilizará a lo largo de toda la disertación. Los paradigmas son “...un conjunto de creencias que nos sirven como marco de referencia para actuar en determinada forma”.<sup>3</sup> También se lo puede definir como ideas que se van transmitiendo de generación en generación; para darle tratamiento a una situación en específico. En el contexto de la discapacidad, los paradigmas han condicionado y siguen condicionando los modos de entender la discapacidad, en consecuencia, también las respuestas sociales y jurídicas que se dan a la misma.

En las próximas líneas se hará referencia a los paradigmas o modelos sobre la discapacidad y cómo han incidido jurídicamente en determinados momentos históricos, partiendo desde la invisibilidad jurídica de las personas con discapacidad hasta llegar a su consideración como sujetos de derechos.

### **1.1 Invisibilidad jurídica de las personas con discapacidad.**

En palabras de Oscar Vilhena Vieira, se habla de invisibilidad cuando el sufrimiento humano de ciertos segmentos de la sociedad no causa una reacción moral o política en los más beneficiados y no dispara una respuesta legal adecuada en los funcionarios estatales.<sup>4</sup>

El paradigma tradicional, que se estudia a continuación, encaja en el concepto de invisibilidad propuesto por Vilhena, ya que la muerte, e incluso el genocidio de personas con discapacidad en determinados momentos históricos, no dieron lugar a una reacción legal, por lo tanto se los consideró jurídicamente invisibilizados.

---

<sup>2</sup> Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Derechos de las personas con discapacidad: Módulo 6*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. p. 7

<sup>3</sup> Cfr. Francisco Acosta Ruiz. *¿Sabes realmente qué es un paradigma?*. Revista Iberoamericana de Rehabilitación. Internet: <http://www.rieoei.org/deloslectores/819Acosta.PDF>. Acceso: (03/01/2014)

<sup>4</sup> Oscar Vilhena Vieira. *La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho*. Internet: [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo\\_vieira.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_vieira.htm). Acceso: (18/06/2014).

### 1.1.1 Paradigma tradicional o de prescindencia.

El paradigma tradicional posee dos presupuestos esenciales:

1) *La justificación religiosa de la discapacidad*: Se asume que la discapacidad es un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad (Grecia) o una advertencia de los dioses acerca de que la alianza se encuentra rota y se avecina una catástrofe (Roma).<sup>5</sup>

2) *La persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad*: Se parte de la idea de que la persona con discapacidad es un ser improductivo y además una carga que deberá ser soportada por los padres o por la comunidad.<sup>6</sup>

Dentro de este modelo podemos distinguir dos sub modelos (el de exterminio y el de segregación) que tienen como elemento común el *prescindir* de la vida de estas personas. Sin embargo, en el primero la solución es perseguida a través de la aplicación de políticas eugenésicas, mientras que en el segundo dicho objetivo es alcanzado mediante la marginación.

#### 1.1.1.1 Sub modelo del exterminio o aniquilamiento.

*“En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso...”*

Aristóteles<sup>7</sup>

Dentro de este sub modelo se considera que la persona con discapacidad es un ser cuya vida no merece la pena ser vivida, y si se les permite vivir constituirán una carga para los padres o para el resto de la comunidad. Esto origina que la solución adoptada sea prescindir de estas personas, mediante prácticas eugenésicas; por lo tanto, los niños y niñas con discapacidad son sometidos a infanticidio.<sup>8</sup>

Jurídicamente se invisibilizó a las personas con discapacidad, puesto que a los ojos de sociedades antiguas aquellos *monstruos deformes* ni siquiera llegaban a ostentar la calidad de seres humanos.<sup>9</sup> Ello generaba diversas consecuencias, entre las que se destaca que no se le reconociera el derecho a la vida.<sup>10</sup> En consecuencia,

---

<sup>5</sup> Agustina Palacios. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial Cinca, 2008. p. 37

<sup>6</sup> *Ibid.* p. 37

<sup>7</sup> Aristóteles, *Política*. capítulo XVI, versículo 1335. Madrid, Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, Instituto de Estudios Políticos, 1970. p. 145.

<sup>8</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. pp. 38 - 39

<sup>9</sup> Cfr. Jean Pierre Vernant. *El hombre griego*. Alianza Editorial, 1995. p. 11.

<sup>10</sup> Cfr. Ignacio Campoy Cervera. *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*. Madrid, Dykinson, 2006. p. 183

si alguien mataba a una persona con discapacidad no surgía ninguna responsabilidad jurídica.

Según los historiadores, en algunas *polis* griegas se le ocasionaba la muerte a los recién nacidos que padecían de ciertas malformaciones o simplemente no parecían tan fuertes como lo exigían sus cánones sociales;<sup>11</sup> una práctica similar acostumbraban los romanos guiados por la *Ley de las Doce Tablas* que instruye a los *paterfamilias* a matar rápidamente a un niño recién nacido *deforme*.<sup>12</sup>

Del mismo modo, desde principios del siglo XX hasta aproximadamente finales de la Segunda Guerra Mundial, diversos países, tomando como base el darwinismo social,<sup>13</sup> adoptaron medidas encaminadas a la esterilización obligatoria de “débiles mentales” y medidas eugenésicas como el infanticidio de niños con discapacidad. El caso extremo se produjo en la Alemania nazi, en donde mediante el denominado programa T-4 se exterminó, desde 1939 a 1941, a aproximadamente cien mil (100.000) personas con discapacidad y se esterilizaron otras trescientos setenta y cinco mil (375.000).<sup>14</sup>

Se podría pensar que jurídicamente este paradigma ha sido desterrado de las sociedades modernas. Sin embargo, existen ciertos rezagos como legislaciones que de manera general prohíben el aborto; no obstante, despenalizan el aborto en el caso de que a la persona por nacer se le detecte una discapacidad;<sup>15</sup> por lo que se puede sostener que dicha respuesta legislativa, probablemente encubra una práctica del modelo de exterminio.<sup>16</sup>

#### **1.1.1.2 Sub modelo de segregación o aislamiento.**

*La sociedad modelo ha de estar compuesta de hombres sanos: “Quien no es capaz de vivir desempeñando las funciones que le son propias no debe recibir cuidados, por ser una persona inútil tanto para sí mismo como para la sociedad”*

---

<sup>11</sup> Lucía Melgar. “Por una cultura de la minusvalía”, en Revista *Información Científica y Tecnológica*, v. 9, núm. 129, México, 1987. p. 10.

<sup>12</sup> “*Habiendo sido muerto inmediatamente, como lo hubiera sido un niño extraordinariamente deforme en virtud de las XII Tablas*”; Ley de las XII Tablas, Estudio preliminar, traducción y observaciones de César Rascón García y José María García González, Madrid, Tecnos, 1993, Tabla IV, 1. p. 9

<sup>13</sup> NB. El darwinismo social pretendía la mejora de la calidad genética de la especie humana mediante la selección reproductiva

<sup>14</sup> Antonio León Aguado Díaz. *Historia de las deficiencias*. Madrid, Escuela Libre Editorial Fundación Once, 1995. pp. 163, 164

<sup>15</sup> Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones Finales 2011. El Comité recomienda a España que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 – la “Ley Aído”– en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente.

<sup>16</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 126

La característica principal presente en este sub modelo es la exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o la advertencia de un peligro inminente.<sup>18</sup>

Este sub modelo, también lo podemos localizar en la antigüedad greco-romana y además en la Edad Media. Bajo este paradigma las personas con discapacidad ocuparon el sitio de los marginados, puesto que se las considera seres inferiores que no llegan a compartir la categoría de “igual” con el resto de humanos, justificando su asilamiento.<sup>19</sup>

Al igual que en el sub modelo de exterminio, también se invisibilizó jurídicamente a las personas con discapacidad. En consecuencia gran parte de los niños y niñas con discapacidad mueren por omisiones, por ejemplo, falta de atención básica. Además, los niños que sobrevivían lo hacían apelando a la caridad, mediante la mendicidad o siendo objetos de diversión.<sup>20</sup>

La invisibilidad jurídica plasmada en el paradigma tradicional se relaciona con el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias” de Ferrajoli,<sup>21</sup> ya que la discapacidad jurídicamente no se la valoriza ni se desvaloriza, no se tutela ni se reprimen, simplemente se la ignora.

En la actualidad, la invisibilidad ha venido desapareciendo en lo formal, pero si se analiza profundamente, aún persiste. La población con discapacidad continúa siendo segregada por las barreras arquitectónicas, de comunicación, actitudinales, entre otras, que prevalecen en nuestra sociedad. Asimismo, su invisibilidad se plasma en las políticas urbanísticas, educacionales y otras.

## **1.2 Las personas con discapacidad como objetos de tutela.**

Un ser humano es objeto de tutela cuando se considera que es incapaz de asumir responsabilidades por sus acciones y se necesita de un tercero de “buena

---

<sup>17</sup> Según Platón (hacia 427-347). República, 407

<sup>18</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 54

<sup>19</sup> Agustina Palacios, Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2007. p. 13

<sup>20</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 58

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli. *Igualdad y diferencia. Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta. 2003, p. 73.

voluntad” que tutele los derechos de esa persona y tome decisiones asumiendo saber lo que le conviene.<sup>22</sup>

Históricamente, algunos grupos sociales han sido considerados como objetos de tutela y en consecuencia la capacidad jurídica ha sido un atributo que la ley les ha negado, por ejemplo los niños y las mujeres.<sup>23</sup>

Al igual que la doctrina de la situación irregular del niño,<sup>24</sup> el paradigma médico rehabilitador, que se estudia a continuación, define a las personas por sus carencias pues considera que la discapacidad es consecuencia de una enfermedad y aquellos que la poseen son inferiores al resto. Por lo tanto, las personas con discapacidad inician siendo un objeto médico y terminan siendo considerados como objetos de tutela jurídica.

Al referirse a las personas con discapacidad como objetos de tutela, es preciso señalar que, si bien este grupo es reconocido como sujetos de derechos fundamentales como la vida, etc., en lo que corresponde a la capacidad jurídica son considerados como objetos sobre el cual un tercero debe tomar decisiones.

### **1.2.1 Paradigma médico rehabilitador.**

*Toda ayuda innecesaria entorpece el crecimiento de las personas.*

*María Montessori*

Los presupuestos fundamentales del paradigma son dos:

1) Las causas que se alegan para justificar la discapacidad ya no son religiosas, sino que pasan a ser científicas, pues se asocia a la discapacidad con una enfermedad.

2) Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad, sino que, en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas (como la discapacidad es consecuencia de una enfermedad se debe conseguir su cura o reparación), pueden tener algo que aportar.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Cfr. Ricardo Zeballos Arévalo. *Inclusión social de las personas con discapacidad. Memoria del Seminario Internacional Inclusión Social de las Personas con Discapacidad: Una tarea pendiente*. La Paz, Canasta de Fondos, 2008. p. 29

<sup>23</sup> Alonso Karim González Ramos. *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. México, D.F, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2010. p. 66

<sup>24</sup> NB. La característica principal de esta doctrina es que los niños no son plenos sujetos de derechos, sino objetos de tutela por parte del Estado. Esta doctrina contempla a los niños catalogados como vulnerables y se los considera como un riesgo social, por lo tanto se los catalogó como “menores” objetos de tutela.

<sup>25</sup> Cfr. Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 66

El modelo médico sitúa el “problema” de la discapacidad en la persona que requiere de tratamientos para ser rehabilitada. Asimismo, entiende a la persona con discapacidad como objeto de análisis clínico, por lo que las soluciones se dirigen individualmente.

Bajo este paradigma la sociedad ha creado un parámetro de “normalidad” que define la manera habitual de ser física, sensorial y psicológica de los seres humanos. Bajo la ciencia médica se crea la normalidad de “la salud”; por lo cual, las personas con discapacidad son consideradas “anormales” porque no son sanos.

Así también, desde el criterio de “normalidad” se han fijado las reglas de participación en la sociedad. Las personas con discapacidad son excluidas del sistema socio cultural capitalista, pues como consecuencia de una enfermedad son considerados como “inútiles” e “improductivos”.

Es decir, que bajo el criterio de la “normalidad” no se contempla la posibilidad de incluir plenamente la diversidad física, sensorial y psicológica. Además, la persona con discapacidad es un ser humano que se considera desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social.<sup>26</sup>

A diferencia del modelo tradicional, en el modelo médico se considera que la persona con discapacidad puede resultar de algún modo rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encuentra supeditada a la rehabilitación o normalización. Esto significa que la persona logre asimilarse a los “demás capaces” en la mayor medida de lo posible.<sup>27</sup>

Históricamente, a partir de la Primera Guerra mundial, este paradigma tomó mayor fuerza, pues los Estados se ven en la obligación de compensar a los veteranos de guerra que en batalla adquirieron alguna discapacidad. Posteriormente en la década de los setentas, estas políticas se extienden a todas las personas con discapacidad, sin importar la causa de la misma.<sup>28</sup>

El paradigma médico fue plasmado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, en donde se distinguió entre las nociones de deficiencia, discapacidad y minusvalía. El objetivo planteado era clasificar las

---

<sup>26</sup> Cfr. *Ibid.* p. 81

<sup>27</sup> Agustina Palacios, Francisco Bariffi. Op. Cit. 19. p. 15

<sup>28</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 15

“consecuencias” que provoca una enfermedad, tanto en el cuerpo, como en la persona, como en la relación con la sociedad.<sup>29</sup>

La OMS propuso con la CIDDM el siguiente esquema:

Enfermedad -> Deficiencia -> Discapacidad -> Minusvalía<sup>30</sup>

En este esquema se entiende que:

<b>Enfermedad</b>	Situación intrínseca que abarca cualquier tipo de trastorno o accidente.
<b>Deficiencia</b>	Toda pérdida o <b>anormalidad</b> de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. La deficiencia es la exteriorización directa de las consecuencias de la enfermedad, que se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones. Ejemplo: Pérdida orgánica del oído.
<b>Discapacidad</b>	Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera <b>normal</b> para un sujeto de sus mismas características (edad, género, etc.). Ejemplo: Discapacidad auditiva.
<b>Minusvalía</b>	Es la pérdida o participación de las oportunidades de las personas para participar en la comunidad. Es una situación de desventaja para un individuo determinado, que limita o impide el desempeño de un rol que es <b>normal</b> en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales). Ejemplo: Consecuencias en el rol social para comunicarse.

Los conceptos establecidos por la OMS, parten de un criterio de “normalidad”, característico de este paradigma. Es por eso precisamente que la primera consecuencia de una enfermedad es la *anormalidad* de una estructura o función (deficiencia), luego la discapacidad se considera la restricción para realizar una actividad dentro del margen que se considera *normal*. Finalmente, el término minusvalía de acuerdo a su origen etimológico significa *disminución del valor que tiene una cosa*,<sup>31</sup> por lo tanto, al ser utilizado para referirse a la discapacidad se infiere que las personas con discapacidad tienen un valor menor en su rol social.

Por estas consideraciones, la CIDDM motivó considerables críticas y rechazo por parte de organizaciones de personas con discapacidad, por considerar que se mantenía fiel a criterios de clasificación estrictamente médicos.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> *Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, IMSERSO, 1997.

<sup>30</sup> Carlos Egea García, Alicia Sarabia Sánchez. *Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad*. Murcia. Boletín del Real: Patronato sobre Discapacidad, nº 50, 2001. p.16

<sup>31</sup> The Free Dictionary. Internet: <http://es.thefreedictionary.com/minusval%C3%ADa>. Acceso (22/07/2014)

<sup>32</sup> Carlos Egea García, Alicia Sarabia Sánchez. Op. Cit. 30. p.4.

Jurídicamente este paradigma ha sido recogido tanto en el derecho internacional como en legislaciones nacionales, por ejemplo el art. 18 del Protocolo de San Salvador se titula “Protección del minusválido” y establece:

*“toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tienen derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”*

El tratamiento de la discapacidad, en el Protocolo de San Salvador, refleja tintes asistenciales que proyectan una imagen de la persona con discapacidad como enferma, necesitada de atención.

Nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades establece que:

*Para efectos de esta Ley se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria ...*

Esta definición de personas con discapacidad está dada desde el paradigma médico rehabilitador, puesto que se define a la persona con discapacidad en términos de “deficiencias” individuales.

Del mismo modo, nuestro ordenamiento jurídico utiliza distintos términos que parten del paradigma médico y terminan estigmatizando a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, por ejemplo: Discapacitados,<sup>33</sup> enfermos mentales,<sup>34</sup> incapaces,<sup>35</sup> inhábiles,<sup>36</sup> loco - loco furioso,<sup>37</sup> idiotas,<sup>38</sup> dementes.<sup>39</sup>

Los términos transcritos, dado que son utilizados comúnmente por la población para calificar de manera peyorativa las conductas negativas y reprochables, al ser utilizados por una norma jurídica para referirse a las personas con discapacidad vulneran el principio de la dignidad humana, por cuanto imparten un trato peyorativo,

---

<sup>33</sup> Resolución de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Defensor de los derechos de la tercera edad y discapacitados. Registro Oficial 164 de 15 de septiembre de 2000. Considerandos, arts. 1,2,3,4

<sup>34</sup> Reglamento Interno de las unidades de salud mental. Acuerdo Ministerial 5259. Registro oficial 440 de 15 de mayo de 1981, art. 28

<sup>35</sup> Código Civil. Registro oficial suplemento 46 de 224 de junio de 2005, art 1463. Ley notarial. Decreto Supremo 1404. Registro Oficial 158 de 11 de noviembre de 1966, art. 32.

<sup>36</sup> Código Civil. Registro oficial suplemento 46 de 224 de junio de 2005, art 192. 1044, 1734

<sup>37</sup> Código Civil ecuatoriano, art. 481

<sup>38</sup> Reglamento del Hospicio y Manicomio de Quito, Acuerdo Ministerial, Registro oficial de 16 de mayo de 1925, modificado 25 de abril de 1972, art. 2

<sup>39</sup> Código de procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005, art. 728, 752, 756, 757, 758, 759.

degradante, despectivo, en consideración al estado de salud mental de la persona a quien se descalifica.<sup>40</sup>

El paradigma médico reviste de gran importancia para este trabajo, pues bajo el mismo, se cree que las personas con discapacidad son incapaces de realizar sus actividades cotidianas, debido a cuestiones médicas, por lo que se desarrollan jurídicamente la interdicción y curaduría, bajo la siguiente justificación:

*El paradigma médico rehabilitador parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y ejercer sus derechos de forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, las personas con cierto tipo de discapacidades que no encajan en este patrón “estándar” son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La solución que este modelo ofrece a las personas que debido a sus deficiencias tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero que sustituye a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como una pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico.<sup>41</sup>*

En este sentido, son los curadores los que tutelan los derechos de las personas con discapacidad y deciden por ellas asumiendo saber lo que les conviene,<sup>42</sup> convirtiéndolas en *objetos de tutela y protección*; generándose graves violaciones a los derechos humanos como la práctica de la institucionalización (internar a personas con discapacidad en entidades psiquiátricas) que en un gran número de casos se realiza en contra de la voluntad de las personas afectadas.

Este es el modelo que, según Cayo Pérez, es el más arraigado en la sociedad, debido a que muchos abogados, jueces, notarios, estudiantes de derecho, familiares de personas con discapacidad consideran a la interdicción y curaduría como una restricción natural y necesaria para su protección.<sup>43</sup>

A causa de las violaciones a los derechos humanos que produce este paradigma, que van desde la utilización de un lenguaje discriminatorio y peyorativo,

---

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-478/03, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 numeral 3, 545, 554 y 560 (parciales) del Código Civil colombiano.

<sup>41</sup> Patricia Cuenca Gómez. *Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reflexiones a luz de la observación general del comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 5, Núm. 2, 2011. Internet: [www.urjc.es/ceib](http://www.urjc.es/ceib). Acceso (18/11/2013)

<sup>42</sup> Cfr. Ricardo Zeballos Arévalo. Op. Cit. 22. p. 29

<sup>43</sup> Francisco Bariffi y Agustina Palacios. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, Ediar, 2012. p. 157

hasta la completa sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, surgen nuevos paradigmas que dejan de concebir a las personas con discapacidad como objetos para reconocerlos como sujetos de derechos.

### **1.3 Las personas con discapacidad como sujetos de derecho.**

La consideración de sujeto de derechos, de acuerdo a lo establecido por Kant, nace de la dignidad humana por la que los seres humanos merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas. Kant afirma que el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa.<sup>44</sup>

El reconocimiento de las personas con discapacidad como sujeto de derechos se sitúa en el modelo de “Igual valoración jurídica de las diferencias” de Luigi Ferrajoli, es decir, se reconoce las diferencias existentes pero al mismo tiempo se destaca que están dotadas de igual valor y por lo tanto se debe prescribir para todos igual respeto.

Los paradigmas que se estudian a continuación (paradigma social y de los derechos humanos) parten de la dignidad intrínseca del ser humano y del principio de igualdad y no discriminación; es decir, que, como lo establecen Palacios y Romañach,<sup>45</sup> independientemente de las características y condiciones que se tenga (capacidades o discapacidades), todas las personas tienen un mismo valor y por tanto, tienen que tener garantizados los mismos derechos humanos. Así, toda persona, aunque tenga una discapacidad severa, adquiere la misma condición de humanidad y dignidad; y, por tanto, toda discriminación que sufra será entendida como una violación de los derechos humanos.

Antes de referirnos a estos modelos, es preciso señalar que existen autores como Agustina Palacios<sup>46</sup> que no hacen distinciones respecto del paradigma social y el de derechos humanos y en contrapartida autores como Michael Stein distinguen entre estos modelos.<sup>47</sup> En este sentido, para establecer el mayor estándar de protección de las personas con discapacidad, se ha considerado necesario acoger las diferencias existentes entre el paradigma social y el de derechos humanos.

---

<sup>44</sup> Immanuel Kant. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, 1989. p. 335.

<sup>45</sup> Agustina Palacios y Francisco Bariffi. Op. Cit. 19. p. 11.

<sup>46</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p.103

<sup>47</sup> Michael Ashley Stein, “Disability Human Rights”, *California Law Review*. p. 75.

Realizada esta precisión, se debe partir señalando que ambos paradigmas superan las visiones anteriores y tienen en común considerar que la construcción social del entorno, así como las actitudes de la sociedad son factores fundamentales en la creación de la discapacidad. A diferencia del paradigma médico rehabilitador que localiza el “problema” en la persona, estos modelos localizan el “problema” de la discapacidad fuera de la persona, en la sociedad que no ha sido capaz de adaptarse a las necesidades de todas las personas que viven en ella.<sup>48</sup>

Asimismo, el paradigma social y el de derechos humanos buscan que las personas con discapacidad pueden desarrollar una vida independiente y tomar decisiones en relación con su autonomía.

### 1.3.1 Paradigma social.

*“Una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”.*

Jenny Morris<sup>49</sup>

Este paradigma surge a finales de la década de los sesentas en Estados Unidos e Inglaterra, cuando las personas con discapacidad y sus organizaciones hacen notar que las medidas que incapacitan a las personas son las barreras sociales y las actitudes discriminatorias;<sup>50</sup> es decir, que el problema de la discapacidad se encuentra en la sociedad que está diseñada “*por y para personas no discapacitadas*”.<sup>51</sup>

Para el paradigma social las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas (paradigma tradicional), ni científicas (paradigma médico rehabilitador), sino sociales o barreras sociales.<sup>52</sup> Este modelo tiene como premisa la idea de que “*no se debe considerar a la discapacidad como un problema individual, sino como un fenómeno complejo integrado por factores sociales*”.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 16

<sup>49</sup> Jenny Morris. *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*. London, Women’s Press Ltd., 1991. p. 17.

<sup>50</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 104.

<sup>51</sup> Drake, citado por Patricia Brogna, en “Discapacidad y discriminación: el derecho a la igualdad... ¿o el derecho a la diferencia?”, en *El Cotidiano*, México, UAM-Azcapotzalco, noviembre diciembre, vol., 21, núm. 134, p. 68

<sup>52</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p.123

<sup>53</sup> María del Carmen Barranco. *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad*. Alcalá, Universidad de Alcalá, 2012. p. 55

Este paradigma rompe el parámetro de “anormalidad” del paradigma médico porque la limitación individual no se toma como un estado de anomalía del individuo, sino, más bien, como un estado de anomalía de las oportunidades de participación ofrecidas por la sociedad.

En otras palabras, no son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.<sup>54</sup> Como ejemplo se puede señalar que las personas con discapacidad se encuentran con muchas barreras:

- Físicas: la falta de accesibilidad del entorno, el transporte, las comunicaciones y la información.
- Políticas: la invisibilidad de la temática de discapacidad en las políticas públicas y la falta de oportunidades para la participación social.
- Económicas: la situación de exclusión y pobreza en que vive la mayoría de personas con discapacidad.
- Sociales: la discriminación, el desconocimiento y los prejuicios.
- Normativas: Ordenamientos jurídicos discriminatorios.

Se comienzan a distinguir entonces, los conceptos de deficiencia y discapacidad:

Deficiencia	Discapacidad
Característica de la persona que consiste en que un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente no funciona, o no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas.	Factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con deficiencia, vivir una vida en sociedad. <sup>55</sup>

A continuación se plantea un ejemplo para dar mayor claridad a estos conceptos:

*..., si se proporciona información, en un formato fácil de leer, a un ciudadano con síndrome de Down que considera la posibilidad de solicitar un determinado servicio, y se le presta apoyo adecuado y oportuno para que sopesen las opciones disponibles, tal vez pueda comprender de qué se trata el servicio y decidir utilizarlo, o no. En este tipo de situaciones no se plantea una discapacidad. Sin embargo, si la información sólo se proporciona utilizando un lenguaje corriente (e inaccesible para el interesado) y nadie*

<sup>54</sup> Cfr. Agustina Palacios y Francisco Bariffi. Op. Cit. 19. p.19

<sup>55</sup> Elaboración propia de la tabla. Conceptos tomados de Principios Fundamentales de la “Union of the Physical Impaired Against Segregation”, citado en Agustina Palacios, El modelo social..., Op. Cit. 5. p. 123

se ofrece a explicársela de un modo que le resulte fácil de comprender, la discapacidad se convierte en un hecho.<sup>56</sup>

Con este ejemplo se ilustra que la discapacidad no nace de la deficiencia de la persona; lo que inhabilita a las personas es la incapacidad de la sociedad para crear un entorno incluyente y no únicamente las condiciones mentales o intelectuales que se atribuyen a la persona.

En consecuencia, este paradigma propugna que si la causa que origina la discapacidad es social, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad.<sup>57</sup> A diferencia del paradigma médico que se centra en la rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, este modelo aboga por la rehabilitación de la sociedad, para llegar a una sociedad pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas.<sup>58</sup>

<b>POLÍTICA "ECUADOR SIN BARRERAS" - VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA 2007 – 2013</b>		
Fuente: Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013 – 2017		
<b>PROGRAMA</b>	<b>PROYECTO</b>	<b>OBJETIVO</b>
<b>Programa Misión Solidaria Manuela Espejo</b>	Proyecto Misión Solidaria Manuela Espejo	Dotar de ayudas técnicas y soluciones habitacionales a personas con discapacidad.
	Proyecto Misión Solidaria Joaquín Gallegos Lara	Apoyar con un incentivo económico a personas cuidadoras de personas con discapacidad severa y profunda.
	Proyecto Órtesis y Prótesis	Dotar de prótesis a personas con discapacidad física con amputación o mutilación de miembros superiores o inferiores.
	Proyecto Inserción Laboral	Contribuir a la inclusión y capacitación laboral de las personas con discapacidad en el cumplimiento del 4% de la ley.
	Proyecto Prevención de la Discapacidad Auditiva	Contribuir a prevenir la discapacidad auditiva en niños-as y adolescentes del sistema educativo a través del diagnóstico oportuno y entrega de ayudas técnicas.
	Proyecto de Prevención de la Discapacidad Visual	Contribuir a prevenir la discapacidad visual en niños-as y adolescentes del sistema educativo a través del diagnóstico oportuno y entrega de ayudas técnicas.
	Tamizaje Neonatal	Prevención de errores metabólicos en recién nacidos a nivel nacional.
<b>Programa Sonríe Ecuador</b>	Programa Sonríe Ecuador	Rescatar los valores en la ciudadanía hacia el respeto de las personas con discapacidad.

<sup>56</sup> Commissioner for Human Rights, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*. Internet: [www.cerimasturias.org/archivos/102\\_348585011.pdf](http://www.cerimasturias.org/archivos/102_348585011.pdf). Acceso: (17/12/2013)

<sup>57</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 15

<sup>58</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 104

Es decir, la sociedad y el Estado deben garantizar los derechos de las personas con discapacidad para que alcancen el pleno goce de sus facultades físicas y mentales, para lo cual necesitan apoyo humano y tecnológico; bajo estos presupuestos en el Ecuador se dictó la política pública “Ecuador sin barreras”, que se detalla a continuación:

No se puede negar que la política pública ha significado un gran beneficio para las personas con discapacidad, no obstante, no logra asumir el enfoque de derechos humanos y se expresa en asistencialismo y paternalismo por parte del Estado, esencialmente en las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, puesto que no permiten desarrollar su independencia y autonomía.

El paradigma social se plasmó en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la OMS<sup>59</sup> que señala que, para entender la discapacidad es necesario tener en cuenta no sólo la terminología médica, sino también, cuestiones culturales, institucionales, y sociales, las cuales interactúan dinámicamente.<sup>60</sup>

La OMS en la CIF a diferencia de la CIDDM deja de considerar a la discapacidad como “consecuencia de la enfermedad” y en su lugar aparece el término “estado de salud”. En la CIF ya no se enuncian tres niveles de consecuencias de la enfermedad (deficiencia, discapacidad y minusvalía), sino que se habla de:

<b>Funcionamiento</b>	Término genérico para designar todas las funciones y estructuras corporales, así como la capacidad de desarrollar actividades y la posibilidad de participación social del ser humano.
<b>Discapacidad</b>	Término genérico que recoge las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades y las restricciones en la participación social del ser humano.
<b>Factores contextuales</b>	Los factores ambientales ejercen un alto impacto en los factores del funcionamiento y la discapacidad y están organizados partiendo desde el entorno más inmediato del individuo y llegando hasta el entorno más general.

Como puede apreciarse, a diferencia de la CIDDM, la CIF ya no parte de un criterio de normalidad y se encuentra basada en la integración de dos perspectivas: la médica y la social. Comprendida de esta manera la discapacidad, se concibe que los

<sup>59</sup> Organización Mundial de la Salud. Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. IMSERSO. Madrid, 2001.

<sup>60</sup> Cfr. OMS, Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, versión abreviada, Madrid, 2001. p. 18

factores contextuales actuarán de forma positiva si su presencia facilita superar la deficiencia, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación; y será negativa en tanto suponga una barrera u obstáculo que agrave cualquiera de los componentes anteriores.

Jurídicamente, este paradigma se plasmó en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD):

*Art. 1...*

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Asimismo, sobre este paradigma, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*, en el que señaló:

*(...) la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.<sup>61</sup>*

Como se aprecia de lo establecido por la CDPD y la jurisprudencia, la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción de la persona con alguna deficiencia y las barreras sociales; estas últimas son las que evitan la participación plena y efectiva de la una persona en la sociedad.

En nuestro ordenamiento jurídico, débilmente se hace presente este paradigma, es así que el art. 3.3 de la Ley Orgánica de Discapacidad establece:

*Art. 3. La presente Ley tiene los siguientes fines:*

*3. Procurar el cumplimiento de mecanismos de exigibilidad, protección y restitución que puedan permitir eliminar, entre otras, las barreras físicas, actitudinales, sociales y comunicacionales, a que se enfrenten las personas con discapacidad.*

Si bien las barreras sociales no son parte de la definición de discapacidad establecida por la Ley Orgánica de Discapacidad, no obstante, sí se estableció que uno de sus fines es proveer de mecanismos a las personas con discapacidad para eliminarlas.

Finalmente, se debe considerar que se crítica al modelo social porque hace recaer el peso de la discapacidad sobre el entorno social negando el carácter

---

<sup>61</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133.

problemático que también tienen las deficiencias o diversidades funcionales, realidad que es innegable en muchos casos de personas con discapacidad intelectual o psicosocial severa.

A manera de defensa se establece que el paradigma social intenta reducir al ámbito médico a lo estrictamente necesario y no mezclarlo con la problemática social derivada de la discapacidad, puesto que la experiencia manifiesta que aún en personas con discapacidades severas, la calidad de vida se determina por los factores sociales, siempre y cuando la sociedad ponga los medios humanos, tecnológicos y de accesibilidad necesarios para situarla en igualdad de condiciones.<sup>62</sup>

### 1.3.2 Paradigma de los derechos humanos.

*La mayor parte de la gente, por ejemplo, no puede subir corriendo diez peldaños de escalera fácilmente, por ello usualmente utilizamos elevadores en los edificios altos. La mayor parte de la gente no puede leer tamaño de dos pt., por ello, utilizamos letras más grandes. La mayor parte de la gente necesita descansar del trabajo, por ello tenemos fines de semanas y vacaciones. Una minoría de personas, no obstante, tiene otros impedimentos, que la sociedad no acomoda adecuadamente y esas personas son, por ello discapacitadas.*<sup>63</sup>

Para este paradigma, la discapacidad es un hecho universal (no sólo social como el anterior paradigma), frente al cual toda la población está en *situación de riesgo*.<sup>64</sup> Frente a esta posibilidad es preciso entender que, como lo señala Francisco Alarcos, la vulnerabilidad es una característica humana indeleble y constituyente que significa la posibilidad de ser herido física o moralmente.<sup>65</sup> Ser humano es ser vulnerable, por lo tanto, todos somos potencialmente personas con discapacidad.

---

<sup>62</sup> Paul Hunt, Informe del Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute de más alto nivel posible de salud física y mental, Consejo económico y social, Comisión de Derechos Humanos, 61 período de sesiones, U.N. Doc E/CN/2005/51, 14 de febrero de 2005. párr. 15

<sup>63</sup> Jan Scown, *Statement Agenda item 7, General Debate on the elements of a Convention* (Second Session) New York, 16 to 27 June 2003.

<sup>64</sup> NB. Me he servido de ejemplos de Palacios y Romañach para entender la situación de la discapacidad como una *situación de riesgo*. Por ejemplo una persona puede venir disfrutando de su supuesta pertenencia a las categorías de normalidad hasta que un cierto acontecimiento o un proceso determinado lo sitúen fuera de las mismas. Tal puede ser el caso de una lesión ocasional, de un embarazo o de la disminución de las capacidades físicas y sensoriales derivadas del envejecimiento. Quedar fuera, aunque sea de manera temporal, de los márgenes supuestos de la normalidad implica asumir la diversidad de los funcionamientos que hayan sido afectados. Así, una lesión de rodilla provocará que la persona lesionada se desplace de manera más lenta, quizá con ayuda de unas muletas, y experimente dificultades mayores a la hora de lograr funcionamientos antes cotidianos, como pueda ser simplemente desplazarse o bajar una escalera. Dificultades similares afronta una mujer embarazada, al igual que una persona cuya movilidad se deteriore gradualmente como consecuencia de la edad. En todos estos casos, la posibilidad de disponer de un ambiente favorable y respetuoso con la discapacidad, ya sea temporal o permanente, que no limite el logro de los funcionamientos antes cotidianos, no redundará en una pérdida de bienestar ni de la calidad de vida de esas personas. *El modelo de la diversidad*, Ediciones Diversitas, Valencia, 2006. p. 131

<sup>65</sup> Francisco J. Alarcos, "Bioética global, Justicia y Teología Moral". Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005. p. 147

También bajo este paradigma, la discapacidad no es un atributo que diferencia una parte de la población de otra, sino una característica intrínseca de la condición humana.<sup>66</sup> Pues no hay un ser humano que posea un repertorio completo de habilidades para enfrentarse a las múltiples y cambiantes demandas de la sociedad y del entorno. La naturaleza humana es limitada y nadie puede llevar a cabo todo; no existe ningún ser humano plenamente autónomo. En suma, todos somos, parcialmente, capaces, dependientes e independientes.<sup>67</sup>

Este paradigma, al igual que el social, rompe con el modelo de “normalidad”, al distinguir a la discapacidad como un aspecto más dentro la diversidad de todos los seres humanos y no como la característica que debe definir la vida de alguien en un marco de discriminación y exclusión, por no ser “normal”.

El paradigma de los derechos humanos concibe a la discapacidad como un concepto relativo por su naturaleza; es decir, es necesario contextualizarlo, tomando en cuenta las características del individuo y el entorno (este modelo también toma en cuenta las barreras sociales). De este modo, según esta concepción podrían existir personas con una discapacidad respecto de la media, pero que no fueran consideradas con discapacidad, como podría ser una persona con miopía, que tiene una discapacidad de índole sensorial (visual) pero que con el uso de lentes no enfrenta barreras sociales.<sup>68</sup>

Sin embargo, existen personas con discapacidad que no se encuentran dentro de la media a las cuales la sociedad sí las considera con discapacidad, no obstante por ser una minoría no se han adoptado soluciones para su discapacidad. Lo que las obliga a identificarse como un grupo humano que debe luchar para lograr una igualdad efectiva de derechos y oportunidades.

Por otra parte, este paradigma obliga a examinar la situación de cada persona con discapacidad no de forma genérica, sino en el contexto personal, social y cultural, atendiendo a los rasgos singulares tanto de la persona como del entorno.<sup>69</sup> De esta

---

<sup>66</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Op. Cit. 2. p. 12

<sup>67</sup> José Antonio Seoane. “Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma”. *Siglo Cero, Revista española sobre discapacidad intelectual* Vol. 35 (1), Núm. 209, Salamanca, 2004. p. 17

<sup>68</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 340

<sup>69</sup> NB. A diferencia del modelo social, la imagen central del enfoque de Derechos Humanos, considera los aspectos individuales de la persona con discapacidad, pero al igual que el modelo social los relaciona con el contexto social, cultural y físico en la que ésta se desenvuelve.

manera se puede conocer que cada persona tiene sus propias habilidades y limitaciones.

En consecuencia, es posible afirmar que las personas con discapacidad disfrutan de aptitudes y facultades para desarrollar ciertas tareas con competencia, al mismo tiempo que tienen limitaciones para desarrollar otras tareas.<sup>70</sup> Por lo que, como ha dicho Michael Stein, se debe capacitar a los individuos para desarrollar sus talentos individuales.<sup>71</sup>

Acorde a lo anterior, la discapacidad presenta rasgos que obligan a examinar a la persona positivamente, a considerarla a partir de sus capacidades y a la mejora e incremento de sus posibilidades de actuación y a la adquisición de otras mediante sistemas de apoyo.

Jurídicamente bajo estos preceptos, las personas con discapacidad asumen un papel protagónico en foros internacionales en donde se plantean sus necesidades y señalan la responsabilidad que tiene la sociedad en la construcción de las barreras que las excluyen; por ejemplo, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad refleja la posición de las propias personas con discapacidad.

El paradigma de los derechos humanos, en el ámbito jurídico, no busca que las personas con discapacidad tengan derechos específicos, sino simplemente que disfruten de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones.<sup>72</sup> Además, busca no sólo la igualdad formal, sino la igualdad material para las personas con discapacidad, por lo que es necesario desarrollar acciones afirmativas para ellas.<sup>73</sup>

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece en el art. 4.1 de la Ley orgánica de discapacidades que: *Ninguna persona con discapacidad o su familia puede ser discriminada; ni sus derechos pueden ser anulados o reducidos a causa de su condición de discapacidad.*

De esta manera el Estado ecuatoriano cumple con el criterio formal, ya que se reconoce la igualdad ante la ley y se prohíbe la discriminación de *jure* en razón de la

---

<sup>70</sup> José Antonio Seoane. Op. Cit. 67. p. 17

<sup>71</sup> Michael A. Stein. Op. Cit. 47. p. 75.

<sup>72</sup> María del Carmen Barranco Avilés. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid, Dykinson, 2010. p. 54

<sup>73</sup> Cfr. Consejo de Derechos humanos. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*, A/HRC/4/75, 17 de enero de 2007. párr. 19.

discapacidad. No obstante, esto no es suficiente puesto que la igualdad material parte del reconocimiento de las diferencias para adoptar medidas de equiparación de *jure* y de *facto* que permitan que las personas con discapacidad puedan satisfacer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. En este sentido, el Estado ecuatoriano no permite la igualdad material para las personas con discapacidad, precisamente por la vigencia de la interdicción y curaduría, toda vez que eso significa anular la voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos.

Finalmente este paradigma tampoco ha estado exento de críticas:

*El problema es que esta definición (la discapacidad como un hecho universal) puede ser entonces excesivamente inclusiva. Todos seríamos discapacitados en algún sentido (igual que todos somos “diversos” en algún sentido). Y si bien esta toma de conciencia puede ser adecuada desde un punto de vista moral, no es operativa desde un punto de vista normativo y de aplicación.<sup>74</sup>*

No obstante, esta crítica olvida que todos los seres humanos tenemos deficiencias, en ese sentido las limitaciones son parte de la condición humana, asimismo se olvida que todos somos vulnerables (en función de sus circunstancias socioeconómicas y condicionantes personales); y, por lo tanto, potencialmente personas con discapacidad. Negar que somos vulnerables es una de las notas más características de nuestro tiempo y explica la dificultad que se tiene para integrar a la diversidad.<sup>75</sup>

Respecto a la capacidad jurídica, el paradigma de derechos humanos al tener como punto de partida la universalidad de limitaciones personales, nos permite entender que ningún individuo es verdaderamente independiente de la influencia de los demás. Ejemplo de ello es que personas sin discapacidad acuden a asesores financieros, médicos, arquitectos, entre otros, para tomar decisiones; asimismo, y a pesar de todo esto, las personas sin discapacidad también toman decisiones incorrectas.

Bajo estos elementos, las personas con discapacidad tienen el mismo derecho de acudir a un tercero para que le ayude a tomar decisiones y también tienen el derecho a equivocarse en la toma de decisiones. Desde esta premisa, el paradigma de derechos humanos reconoce que las personas con discapacidad son sujetos de

---

<sup>74</sup> Fundación Salud 2000. Coordinación de Javier Sánchez Caro y Fernando Abellán. *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*. Madrid, Fundación Carmen Pardo Valcarce, 2012. p. 47

<sup>75</sup> Francisco J. Alarcos, “Bioética global, Justicia y Teología Moral”. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005. p. 147

derecho que pueden determinar los cursos de sus vidas en la misma medida que el resto de los miembros de la sociedad.

Para concluir este capítulo y una vez que se ha hecho un recorrido histórico sobre los paradigmas, es preciso señalar que la discapacidad es un concepto que evoluciona,<sup>76</sup> es decir, las maneras de concebir la discapacidad son cambiantes en relación a las sociedades y el tiempo. Así también, se debe establecer que un paradigma no desaparece del ámbito social o sustituye totalmente a otro; sino que, generalmente coexisten y su predominio depende de los valores sociales, de las relaciones de poder, del ordenamiento jurídico y de la exigibilidad de los derechos.

---

<sup>76</sup> CDPD. Preámbulo, literal e)

## CAPÍTULO II: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Respecto al desarrollo de los instrumentos del derecho internacional es relevante identificar tres momentos sobre la materia de análisis. Primero, una cierta invisibilización de las personas con discapacidad, pues no se hace referencia de manera expresa a ellas; por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>77</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),<sup>78</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales,<sup>79</sup> la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,<sup>80</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>81</sup>

En un segundo momento se refleja la visión del modelo médico rehabilitador, destacando normas de *soft law* como la Declaración de los derechos del retrasado mental,<sup>82</sup> la Declaración de los derechos de los impedidos,<sup>83</sup> el Programa de acción mundial para los impedidos,<sup>84</sup> los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental.<sup>85</sup>

Por último, como parte del fortalecimiento del modelo social, es preciso mencionar las “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”,<sup>86</sup> la CIF<sup>87</sup> de la OMS, la Declaración de Caracas<sup>88</sup>, la

---

<sup>77</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

<sup>78</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

<sup>79</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

<sup>80</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948.

<sup>81</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, tras la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

<sup>82</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2856 (XXVI), el 20 de diciembre de 1971.

<sup>83</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3447 (XXX), el 9 de diciembre de 1975.

<sup>84</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/52, el 3 de diciembre de 1982.

<sup>85</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119, el 17 de noviembre de 1991.

<sup>86</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 48/96, el 20 de diciembre de 1993. Introduce la denominación de “personas con discapacidad” para este colectivo e incide en que es un grupo que requiere mayor participación en diferentes ámbitos.

<sup>87</sup> Aprobada por OMS mediante Resolución WHA 54.21, el 22 de mayo de 2001.

<sup>88</sup> Adoptada en la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, el 14 de noviembre de 1990. Destaca la importancia de la atención de la salud mental desde un enfoque comunitario.

Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual<sup>89</sup> y, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS).<sup>90</sup> No obstante, sin duda la CDPD es el tratado que consolida el modelo de los derechos humanos.

El presente capítulo aborda cómo el derecho internacional de los derechos humanos ha tratado la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, desde su limitación hasta su reconocimiento pleno.

De acuerdo a Agustina Palacios la capacidad jurídica es una construcción social, porque históricamente ha sido un atributo o una presunción que el derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones. Una clara ilustración de este proceso es provista por el tratamiento legal de la capacidad de la mujer o de los afro descendientes sometidos a la esclavitud.<sup>91</sup>

La capacidad jurídica históricamente ha sido negado a las personas con discapacidad mental, intelectual y sensorial (“sordomudos”); sin embargo, el estudio se limita a las dos primeras discapacidades (intelectual y mental o psicosocial) porque son las mayormente estigmatizadas respecto a su capacidad para decidir.

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad es referida expresamente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 12) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. I, 2 inciso b), por lo tanto, son los instrumentos internacionales que se estudiarán a continuación:

## **2.1 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

La CDPD es el primer instrumento de carácter vinculante que, en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos, se refiere específicamente

---

<sup>89</sup> Adoptada en la Conferencia de la OMS y OPS sobre la materia, el 6 de octubre del 2004. Es un aporte en la lucha contra la discriminación hacia las personas con discapacidad intelectual y reconoce su derecho a tomar sus propias decisiones.

<sup>90</sup> Aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de la OEA 1608 (XXIX-O/99), el 7 de junio de 1999.

<sup>91</sup> Agustina Palacios. *Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Artículo contenido en Franciso Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 210

a las personas con discapacidad y acoge el paradigma de derechos humanos. Fue ratificada por Ecuador el 3 de abril de 2008<sup>92</sup> y entró en vigor desde mayo de 2008.

La Convención constituye el paso de una serie de instrumentos de *soft law*,<sup>93</sup> a un trato internacional obligatorio para los Estados que lo ratifican, con mecanismos obligatorios de supervisión.<sup>94</sup>

La CDPD establece nuevos elementos respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: i) un concepto amplio de capacidad jurídica, referida tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio, ii) un modelo de asistencia o apoyo en el ejercicio de esta capacidad, dejando atrás un modelo que prescinde de la voluntad de la persona con discapacidad y lo considera objeto de asistencia.

A continuación se presentan los argumentos que permitieron la adopción de dichos elementos:

### **2.1.1 Adopción del concepto amplio de la capacidad jurídica en la CDPD.**

El objeto de la discusión se centraba en el significado y la extensión de la capacidad jurídica y enfrentaba a quienes integraban en este término a la capacidad de ejercicio con quienes lo diferenciaban de ésta.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó un estudio sobre el significado de los términos “reconocimiento como persona ante la ley” (personalidad jurídica) y “capacidad jurídica”<sup>95</sup> en el marco de los tratados de derechos humanos<sup>96</sup> y desde el derecho comparado.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Lista de signatarios, ratificaciones y adhesiones a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, al 3 de agosto de 2008. Internet: [www.un.org/spanish/disabilities/documents/sg/Anexo\\_A\\_a\\_63\\_264.pdf](http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/sg/Anexo_A_a_63_264.pdf). Acceso: (08/01/2014)

<sup>93</sup> Declaración de los derechos del retrasado mental, Declaración de los derechos de los impedidos, Programa de acción mundial para las personas con discapacidad, Las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, Los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Principios, Orientaciones y Garantías para la protección de las personas reclusas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales, Los derechos humanos y las personas con discapacidad. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad.

<sup>94</sup> NB. El órgano de supervisión es el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al que los Estados partes deben presentar informes periódicos sobre el avance en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención.

<sup>95</sup> Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Sexta Sesión de debates de la CDPD).

<sup>96</sup> NB. Se analizó concretamente tanto el artículo 16 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como asimismo el artículo 15 de la Convención Internacional contra cualquier tipo de Discriminación contra la Mujer.

Del documento elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos se pueden extraer las conclusiones que siguen:

1. Los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica” son diferentes. La personalidad jurídica dota al ser humano del reconocimiento como persona en el ordenamiento jurídico, y así es un requisito previo y necesario para todos los demás derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también supone la capacidad de ejercitar esos derechos y asumir esas obligaciones por sí mismos, esto es, sin asistencia o representación de terceros (elemento dinámico)<sup>98</sup>.
2. El Informe deja claro, por tanto, que el significado del término capacidad jurídica engloba a la capacidad de ejercicio, tanto en el derecho internacional (esencialmente en el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) como en gran parte del derecho comparado.

Otro argumento que se ha señalado para sostener que dentro del concepto capacidad jurídica, utilizado en el párrafo segundo del art. 12 de la CDPD, se incluye el concepto de capacidad de ejercicio, consiste en la interpretación de dicho párrafo junto con los demás párrafos del artículo 12 de la CDPD:

Por medio del párrafo primero se reconoce la titularidad de los derechos; el párrafo segundo reconoce la capacidad de ejercicio; el párrafo tercero obliga a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad; el párrafo cuarto se refiere a la necesidad de protección en contra de abusos por parte de la persona que presta su asistencia en el ejercicio de la capacidad; y, el párrafo quinto expresamente se refiere a que se debe reconocer a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso,

---

<sup>97</sup> NB. Dentro del Derecho comparado, se estudió el derecho francés, el español y el Common Law. El Derecho francés es especialmente importante en esta materia, dado que la regulación de la capacidad jurídica en muchos países iberoamericanos se encuentra inspirada en el mismo. Entre otros, el código civil ecuatoriano, uruguayo y el código civil argentino. Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. párr. 16.

<sup>98</sup> Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. párr. 24.

en igualdad de condiciones con las demás, a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.<sup>99</sup>

El uso de la frase “ejercicio de su capacidad jurídica”, utilizada en el párrafo tercero,<sup>100</sup> lógicamente presupone una acción más que la adquisición de un estatus (reconocimiento de la capacidad de goce).<sup>101</sup> Asimismo, las referencias a cuestiones civiles y patrimoniales que se dan dentro del art. 12.5 en donde las personas con discapacidad han sido tradicionalmente discriminadas, solo pueden explicarse como referencias a la capacidad de ejercicio;<sup>102</sup> pues si el término “capacidad jurídica” fuese entendido sólo como “capacidad de goce”, la referencia a estas cuestiones patrimoniales específicas devendría poco razonable.

A la luz de los argumentos hasta aquí presentados, se concluye que el concepto capacidad jurídica previsto en el párrafo segundo del artículo 12 de la Convención, incluye dentro de su significado a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. En consecuencia, los Estados Partes se obligan por este párrafo a reconocer la capacidad de goce y de ejercicio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida.

### **2.1.2 Adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones en la CDPD.**

Dentro de los debates de negociación de la CDPD, se discutió arduamente sobre qué sistema debía ser utilizado en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se tuvo como alternativas el modelo de asistencia en la toma de decisiones y el modelo de sustitución en la toma de decisiones (Interdicción y curaduría).

---

<sup>99</sup> International Disability Alliance, “Opinión legal del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/> citado en Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 79

<sup>100</sup> CDPD, art. 12. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>101</sup> NB. Un análisis similar se utilizó en el estudio del art. 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer disponible en *Background conference document about Legal Capacity*. párr. 20.

<sup>102</sup> CDPD, art. 12. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En este punto, surge una interrogante: *¿En qué se diferencia el sistema de asistencia o apoyo con el sistema de sustitución, si en ambos sistemas interviene un tercero?*

La respuesta es que el tercero tiene un papel sustancialmente distinto en ambos sistemas: En el sistema de asistencia o apoyo no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. De este modo, las medidas de apoyo deben articularse como mecanismos de asistencia en todo el proceso de toma de decisiones. Las medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no suponen una restricción de la autonomía y de la capacidad, sino una promoción de la autonomía, y de la capacidad jurídica potenciando al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos.

El modelo de apoyo trata, en este sentido, de poner a disposición de los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones los medios o instrumentos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica, en este caso la asistencia de un tercero.

Las medidas de apoyo deben proyectarse cuando así lo requiera la situación de la persona y cuando lo consiente la persona con discapacidad, obviamente, deben brindarse con las debidas garantías, en todas las esferas en las que ésta actúa y en todos sus derechos.

En la definición de un sistema sobre otro surgieron algunos argumentos a favor de uno y otro sistema, los cuales son sistematizados en la siguiente tabla:

<b>Sistema de sustitución de la voluntad</b>	<b>Sistema de apoyo en la toma de decisiones</b>
<p>La capacidad jurídica depende de las capacidades cognitivas.</p> <p>Las personas toman decisiones de manera racional, es decir, eligen entre alternativas probables tras analizar sus consecuencias, y llegan a una conclusión racional.</p>	<p>Las personas no utilizan solamente las habilidades cognitivas para tomar sus decisiones.</p> <p>La toma de decisiones es un proceso complejo, las decisiones que tomamos no suelen ser puramente racionales, nuestras emociones afectan a nuestras decisiones, el proceso también se ve influido por nuestras experiencias y antecedentes sociales y culturales, incluidas nuestras redes personales.</p>
<p>Algunas personas no tienen la inteligencia (personas con discapacidad intelectual y mental) para tomar decisiones y ejercer su capacidad jurídica.</p>	<p>La capacidad jurídica no depende de la inteligencia de las decisiones, sino de la libertad de tomar las propias decisiones.</p>

En lo que corresponde al cuadro de argumentos, el sistema de sustitución de la voluntad (interdicción y curaduría) propugna que la idea de la capacidad jurídica ha sido asentada sobre la “racionalidad”. De acuerdo al sistema de apoyo en la toma de decisiones, el problema que plantea esta noción es que se basa en premisas falsas, pues las decisiones que tomamos no son enteramente racionales; así que puede haber personas sin discapacidad que empleen intuiciones o emociones para tomar decisiones, y no por ello se les considera personas con discapacidad.<sup>103</sup> Sin embargo, al otorgar primacía a las capacidades cognitivas, se crean legalmente etiquetas “incapacitantes” en la sociedad que pueden afectar a las personas con discapacidad.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que *“la existencia de una deficiencia mental, incluso si se trata de una muy seria, no puede por sí misma ser la razón de una incapacitación absoluta”*.<sup>104</sup>

Además, más allá de la inteligencia de una persona, existe la libertad que es inherente a todas las personas para cometer los mismos o nuevos errores y aprender o no aprender de ellos.<sup>105</sup> Esa libertad implica la posibilidad de aprender de los errores:

*La humanidad ha progresado permitiendo a las personas la libertad de cometer errores. Ello quizás porque se ha descubierto que muchas veces los errores de hoy son los descubrimientos de mañana. Cuando a una persona no se le permite ejercer su libertad para cometer sus propios errores no se le está permitiendo desarrollarse de conformidad con sus propios atributos y es esta discriminación y privación de las necesidades la que deber ser abordada en relación con las personas con discapacidades psicosociales. La dignidad del riesgo y el derecho a no ser protegido son derechos inherentes de todas las personas adultas.*<sup>106</sup>

Asimismo, el derecho de las personas con discapacidad a tomar decisiones tiene como sustento el principio de autonomía e independencia, establecido en el art. 3. a) de la CDPD, pues las personas con discapacidad tienen derecho a controlar, afrontar y tomar, por iniciativa propia, decisiones personales.

El modelo de asistencia o apoyo ayuda a la persona a ejercitar su capacidad, mientras que la sustitución la niega. Mediante la asistencia una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, sin renunciar al derecho a tomarlas y, por lo tanto, sin que se vulnere su libertad de elección.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 65

<sup>104</sup> TEDH. Caso Shtukaturov vs. Rusia. Aplicación Nº 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008, párr. 94.

<sup>105</sup> Commissioner for Human Rights. Op. Cit. 56. Internet: [www.ceramiasturias.org/archivos/102\\_348585011.pdf](http://www.ceramiasturias.org/archivos/102_348585011.pdf). Acceso: (17/12/2013)

<sup>106</sup> Intervención del *International Disability Caucus* sobre “Legal Capacity not to do with Wisdom of Choices” citado en Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 433

<sup>107</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 66

Se considera que el término “apoyo” es adecuado, pues da la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse. Como se ha establecido muy ilustrativamente el apoyo viene a ser el bastón para la persona que se ha torcido el tobillo o la barra para quien quiere viajar tranquilamente en el autobús.<sup>108</sup>

En conclusión la aplicación del modelo de asistencia, se presentó como el mejor modo de respetar y garantizar el principio de autonomía e independencia y el derecho a la igualdad;<sup>109</sup> y, en todo caso, la necesidad de apoyo y su intensidad deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, sino también a factores sociales.

### **2.1.3 Análisis del art. 12 de la CDPD.**

*El art. 12 de la Convención es una norma que está llamada a convertirse en un poder impulsor de cambio.*<sup>110</sup>

A continuación se analizarán los cinco párrafos del art. 12 de la CDPD:

#### **12. 1 Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.**

La personalidad jurídica se entiende como una característica inherente a los seres humanos. Sin este derecho, el individuo ya no sería una persona en el sentido jurídico y por lo tanto puede ser privado de todos los demás derechos.

La personalidad jurídica se adquiere por el simple hecho de ser persona, por lo que no puede estar sujeta a ningún tipo de restricción. En este punto, la Convención se limita a reafirmar dicho reconocimiento, ya que se encuentra previsto en el artículo 16 del PIDCP para todas las personas, por lo tanto, no crea, sino refuerza una situación jurídica preexistente.<sup>111</sup>

La CDPD debió reiterar la señalada premisa para que no quedaran dudas, en ningún lugar del mundo, de que a las personas con discapacidad se hace aplicable la concepción de personalidad jurídica, sin ningún tipo de excepción.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Inmaculada Vivas Tesón. *Más allá de querer y entender la discapacidad*. Olivenza, FUTUEX Observatorio estatal de la discapacidad, 2012. p. 61

<sup>109</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 435

<sup>110</sup> Quinn Gerard. *Personalidad y Capacidad jurídica: perspectiva sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la CDPD*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 31.

<sup>111</sup> Agustina Palacios. *Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso efectivo a la justicia*. Artículo contenido en La Transversalidad de género en políticas públicas. Director Luis Cayo Pérez Bueno Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2012. p.148

<sup>112</sup> María Soledad Cisternas. *Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculo con el artículo 13 en impacto en el derecho interno*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 240

**12. 2 Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.**

El inciso 2 establece el principio de igualdad en materia de capacidad jurídica que, como se explicó anteriormente, se refiere tanto a la capacidad de goce como de ejercicio.

Resulta importante destacar que el artículo hace alusión al reconocimiento de la capacidad jurídica en “igualdad de condiciones que los demás”. Ello significa que, ante determinadas situaciones, como por ejemplo la edad de las personas, el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser limitado y dicha limitación también será aplicable a las personas con discapacidad. A la inversa, la capacidad jurídica nunca puede ser limitada ni restringida “en razón de discapacidad”, ni “sólo” a personas con discapacidad, porque se estaría violando la garantía de igualdad y no discriminación que expresamente deja sentada la norma.<sup>113</sup>

En este punto es importante tener en cuenta que la Convención entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.<sup>114</sup> Así, todas las disposiciones de la legislación ecuatoriana, que automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinadas deficiencias, deben ser entendidas como un supuesto de discriminación directa.

Para cerrar el análisis del inciso 2 del art. 12, conviene tener presente que la exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad requiere poner en marcha dos herramientas que la Convención también contempla: la accesibilidad universal y los ajustes razonables (las cuales se abordaran ampliamente en el cuarto capítulo). La accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.<sup>115</sup> Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

<sup>113</sup> Agustina Palacios. *Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso efectivo a la justicia*. Artículo contenido en Luis Cayo Pérez Bueno. Op. Cit. 111. p.149

<sup>114</sup> CDPD, art. 2

<sup>115</sup> Tina Minkowitz. *The paradigm of supported decision making*, disponible en [http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf) citado en María del Carmen Barranco, et al. *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad*. Alcalá, Universidad de Alcalá, 2012. p. 65

**12. 3 Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.**

La CDPD obliga a dejar de lado los procedimientos de sustitución de voluntad por otros de asistencia. Este inciso prevé la posibilidad de que las personas con discapacidad, en determinadas situaciones, requieran de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, por lo que los Estados tienen la obligación de brindar un sistema que garantice el acceso a dichos fines. Evidentemente dicho apoyo será proporcional a las necesidades de la persona, y deberá ser diseñado para cada caso, teniendo en cuenta los requerimientos concretos según la persona y situación.<sup>116</sup>

El reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo se articula en la Convención como un reemplazo total;<sup>117</sup> sin embargo, se considera que para la adopción del sistema de asistencia o apoyo, en un primer momento es necesaria la coexistencia de dicho modelo con el modelo de sustitución, pues se necesita un profundo cambio de patrones socio culturales y jurídicos.

Doctrinariamente se discute si el párrafo tercero del art. 12 ¿está o no sujeto a una realización progresiva? Se considera, por un lado, que la capacidad jurídica, dentro de la clasificación clásica, es un derecho civil y por lo tanto es de exigibilidad inmediata; y, por otro lado, que los apoyos a las personas con discapacidad pueden ser considerados como derechos económicos sociales y culturales, por ende de realización progresiva. Sin embargo, esto no significa que el Estado y la sociedad se pueden tomar un tiempo prolongado para brindarlos, sino que por el contrario, deben ser brindados en el menor tiempo posible, pues de éstos depende el ejercicio pleno de la capacidad jurídica.

Una parte de la doctrina señala que el sistema de asistencia o apoyos acepta que en ocasiones terceras personas puedan tomar decisiones, cuando la persona está inconsciente<sup>118</sup> o cuando dada la discapacidad intelectual o mental, no es posible conocer por ningún medio la voluntad de la persona. En estos casos, se debe agotar el apoyo, es decir, que éste deberá ser tan intenso como se necesite, y luego se procederá un “apoyo sustitutivo” que tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos

---

<sup>116</sup> Patricia Cuenca Gómez. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el ordenamiento jurídico español*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2010. p. 2013

<sup>117</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 1. Artículo 12: Igualdad de Reconocimiento ante la ley. párr. 16 y 26

<sup>118</sup> Alonso Karim González Ramos. Op. Cit. 23. p. 66

entre otros.<sup>119</sup> Es decir, que estas decisiones, deberán consistir en “reconstruir” la voluntad y las preferencias de la persona, o en otras palabras, se debe tomar una decisión para y no por la persona.<sup>120</sup>

El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones y donde las dificultades persisten no se trate de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios para poder ejercer ese derecho con las debidas garantías.

Es importante establecer que el art. 12.3 reconoce a los sistemas de apoyo de manera genérica, la CDPD no diseña específicamente el sistema de apoyo y lo deja abierto a las legislaciones nacionales, que deberán dar participación en su diseño a las personas con discapacidad.<sup>121</sup> Para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica, los Estados deben proporcionar las medidas de apoyo que sean necesarias para no limitar el ejercicio pleno de los derechos y como complemento se deben brindar los ajustes razonables para que los apoyos sean efectivos.

Finalmente, el sistema de asistencia o apoyo aparece también específicamente contemplado en otros artículos de la CDPD: art. 9, acceso a la información; art. 23, en relación con la crianza de hijos; art. 24, educación; art. 29, en relación al derecho al voto.

**12. 4 Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.**

---

<sup>119</sup> Cfr. Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Capacidad jurídica y discapacidad propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid, Instituto de derecho Bartolomé de las Casas. 2012. p. 16

<sup>120</sup> Cfr. *Ibíd.* p. 20

<sup>121</sup> CDPD, art. 4. Obligaciones generales En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

En el inciso tercero del art. 12 de la CDPD obliga a los Estados a garantizar un sistema de apoyo para la toma de decisiones. De la mano de dicha obligación, el inciso 4 establece la obligación de un sistema de salvaguardias para prevenir el abuso en relación con las medidas que pudieran ser adoptadas en el marco de dicho apoyo.

Por lo que respecta a las salvaguardias contempladas en el art. 12.4, algunos planteamientos las conciben como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución. Sin embargo, y a tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la Convención, debe entenderse que las salvaguardias se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos.

Las salvaguardias no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar acciones de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución *per se*.<sup>122</sup>

En la práctica eso significa el establecimiento de un sistema para la evaluación imparcial de las necesidades actuales de apoyo en la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica, realizado con la ayuda de personas independientes, la determinación rigurosa de la extensión de la actuación y facultades de las personas que prestan el apoyo, la revisión periódica de las medidas adoptadas y el posible recurso de las decisiones por parte de las personas con discapacidad o sus familias. Una vez más, hay que destacar que la voluntad de la persona con discapacidad debe ser siempre el factor determinante.

Finalmente, es importante señalar que la disposición utiliza el verbo rector “asegurarán”, lo que implica que los Estados partes deberán generar indicadores y verificadores en el cumplimiento de esta garantía. De igual modo, deberán ir definiendo en qué situación se considera que existen conflictos de intereses e

---

<sup>122</sup> Cfr. Patricia Cuenca Gómez. *El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad: Principios Generales, Aspectos Centrales e Implementación en la legislación española*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2012. p. 76

influencia indebida,<sup>123</sup> como también los criterios de proporcionalidad y adaptación según el tipo de discapacidad y periodicidad en la revisión de la medida.<sup>124</sup>

**12. 5 Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.**

Este inciso dispone que los Estados adopten medidas para garantizar el acceso de todas las personas con discapacidad a ciertos ámbitos patrimoniales respecto de los cuales la experiencia ha demostrado que sufren vulneraciones en la igualdad de oportunidades.

Ello tiene importantes implicaciones, dado que la capacidad jurídica en la administración de los bienes es una necesidad esencial para la vida de cualquier persona. La garantía de esta cláusula implica la obligación por parte de los Estados de facilitar y de asegurar que se establezcan los apoyos necesarios a dicho fin, así como también de que se garantice la no discriminación por motivo de discapacidad en el acceso a préstamos bancarios, hipotecas y cualquier otra modalidad de crédito financiero.<sup>125</sup>

Una vez analizado el artículo podemos concluir, respecto al tema, que la Convención y específicamente el art. 12 responden al eslogan: “nada sobre nosotros sin nosotros”. Esto es, que todas las decisiones que conciernen a las personas con discapacidad deben ser tomadas mediante su previa consulta, implicándolas plenamente y teniendo en cuenta, sobre todo, sus reales exigencias y necesidades, de manera que sean ellas mismas las verdaderas protagonistas de las políticas sobre discapacidad, las cuales, sólo de este modo, podrán ser efectivas.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> NB. Se debe prestar especial atención a la protección de los derechos de las personas necesitadas de un alto nivel de apoyo en todos los ámbitos de la vida, que pueden ser particularmente vulnerables a la influencia indebida.

<sup>124</sup> María Soledad Cisternas. *Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculo con el artículo 13 en impacto en el derecho interno*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 249

<sup>125</sup> Agustina Palacios. *Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 143. p. 236

<sup>126</sup> CDPD: Preámbulo, letra o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente. Y art. 3 letra c) Los principios de la presente Convención serán: c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

La consecución de planes de vida, esto es, el logro de una vida humana digna o, si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad, es algo que le corresponde determinar a cada individuo desde su propia autonomía.<sup>127</sup>

Resulta esencial insistir en que la capacidad jurídica es un derecho transversal que confiere a las personas con discapacidad el poder de ejercer los demás derechos conforme a la propia voluntad, por lo que se relaciona con todos los derechos que la Convención contempla. En este sentido, es crucial que este derecho sea protegido de toda limitación o exclusión basada en la discapacidad, pues cualquier restricción de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad supondrá además una discriminación en relación con el ejercicio del resto de los derechos.

El modelo de derechos humanos recogido en la CDPD reconoce a las personas con discapacidad como sujeto de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y plantea a los Estados la obligación de reconocer la titularidad y ejercicio de todos los derechos a las personas con discapacidad, fundamentalmente, la capacidad jurídica plena. Lo que implica que no se las debe privar de su posibilidad de elegir y actuar, imponiéndole un “curador” que sustituya su voluntad, sino que deben crearse condiciones adecuadas para que la persona con discapacidad obre por sí misma, lo cual puede incluir la necesidad de apoyos.

## **2.2 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.**

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>128</sup> (en adelante CIADDIS) fue ratificada por el Ecuador el 18 de marzo de 2004.<sup>129</sup> La misma tiene como objetivo central, como su nombre lo indica, erradicar la discriminación, en todas sus formas y manifestaciones, contra las personas con discapacidad. No es un catálogo de derechos, sino un compromiso de los Estados de llevar adelante una serie de políticas

---

<sup>127</sup> Rafael de Asís. *Sobre la discapacidad*. Madrid. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2009. p. 5

<sup>128</sup> NB. El sistema interamericano es el primer sistema en el mundo en adoptar un tratado internacional dedicado específicamente a los derechos de las personas con discapacidad. El proyecto surgió de la iniciativa de la Asamblea General de la OEA, que en 1996 encomendó al Consejo Permanente la elaboración de dicho instrumento. En 1998, la Asamblea General reiteró la importancia de la adopción de una convención referida al tema. Finalmente la Convención fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999.

<sup>129</sup> CIADDIS. Internet: [www.cidh.oas.org/basicos/basicos8a.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos8a.htm). Acceso: (08/01/2014)

tendientes a eliminar las barreras de todo tipo que enfrenten las personas con discapacidad.<sup>130</sup>

### **2.2.1 Discrepancia entre el art. I, 2 b) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y el art. 12 la CDPD.**

Como se analizó previamente, el art. 12 de la CDPD sienta las bases del nuevo modelo de plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cuyo contenido debe ser respetado por las legislaciones nacionales de los Estados parte de la CDPD, para lo cual tendrán que introducir reformas y modificaciones sustanciales.

Contraria a esta disposición, el art. I, 2 inciso b) de la CIADDIS establece que *“en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”*.<sup>131</sup>

La existencia de esta norma tiene sustento histórico, ya que la CIADDIS fue adoptada en 1999, fecha en la que predominaba el paradigma médico rehabilitador y las personas con discapacidad eran vistas como objetos de tutela. Del análisis de la norma, se considera que la intención es “proteger” a la persona con discapacidad y para esto se limita claramente el espectro de la interdicción, pues se establece que no será discriminatoria únicamente cuando sea “necesaria y apropiada para su bienestar”.

Sin embargo, como se lo estableció previamente, la Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, establece que el modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de la igual capacidad jurídica. Es decir, que esta disposición de las CIADDIS es contraria a la CDPD y a su propio texto, que en su Preámbulo indica que los Estados Partes reafirman:

*“que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”*. (El subrayado no pertenece al texto original)

---

<sup>130</sup> Santiago Martín. *La Protección en el Sistema Interamericano a las personas con discapacidad*. en Igualdad No discriminación y Discapacidad de Eduardo Jiménez. Buenos Aires, Editorial Ediar 2006. p. 126

<sup>131</sup> CIADDIS, art. I.2.b) “... En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”

El art. I, 2 inciso b) priva del derecho a la capacidad jurídica precisamente en razón de la discapacidad, por lo tanto es claramente discriminatorio. Ante esta situación hay que destacar, en el marco del sistema interamericano, la *Observación General del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), sobre la necesidad de interpretar el art. 1.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*,<sup>132</sup> en donde se establece que el relevamiento de la voluntad de la persona con discapacidad ante su curador, debe ser substituida por el reconocimiento de la capacidad jurídica amplia con apoyos y salvaguardias. En consecuencia se solicita:

*“al Secretario General de la OEA disponer,...su inaplicación práctica, o su derogación”*<sup>133</sup> e insta

*“a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas”*<sup>134</sup>, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo”.<sup>135</sup>

En conclusión, de manera rotunda sostiene el CEDDIS que el inciso b in fine del art. I.2 de la Convención interamericana “*guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención de Naciones Unidas*”<sup>136</sup>. En todo caso, y debido a “*las complejidades y trámites extensos*”<sup>137</sup> que comporta la reforma de la Convención Interamericana, el CEDDIS opta su reinterpretación “*en el marco de la vigencia de la Convención de Naciones Unidas*”.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. *Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, OEA/Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28 abril 2011. p. 6

<sup>133</sup> *Ibíd.*, Punto resolutivo No. 2, p. 54

<sup>134</sup> NB. La interpretación del art. 12 de la CDPD por la que se decanta esta Observación pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una renovación profunda de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica que permitirá que las personas con discapacidad puedan convertirse en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

<sup>135</sup> *Ibíd.* p. 11

<sup>136</sup> *Ibíd.* p. 8

<sup>137</sup> *Ibíd.* p. 47

<sup>138</sup> *Ibíd.* p. 10

El Estado ecuatoriano ha ratificado ambos instrumentos internacionales, es decir, que bajo el Sistema Interamericano podría mantener la interdicción y bajo el Sistema Universal debe eliminarla en relación a las personas con discapacidad.

Bajo esta disyuntiva, a tenor del principio *pro homine* el Estado debe aplicar la CDPD, pues constituye una norma más favorable para las personas con discapacidad. Asimismo, debe aplicar la CDPD bajo el principio de *pacta sunt servanda*, que significa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.<sup>139</sup>

Además, debe dejar de aplicar el art. I, 2 inciso b) de la CIADDIS, pues es el propio Comité de vigilancia (CEDDIS) de dicho tratado, el que mediante la Observación referida pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una renovación profunda de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica, que permita a las personas con discapacidad convertirse en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU ha sostenido que:

*Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12<sup>140</sup>*

Bajo todos los principios antes enunciados y ante los pronunciamientos de los organismos internacionales citados, el Estado ecuatoriano debe aplicar la CDPD y reconocer la capacidad jurídica plena de las personas con Discapacidad.

---

<sup>139</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 26

<sup>140</sup> ONU. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/10/48, 26/1/2009. *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, punto 45.

## CAPÍTULO III: LA INTERDICCIÓN Y CURADURÍA COMO NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO ECUATORIANO.

Las personas con discapacidad intelectual y mental constituyen un porcentaje significativo de la población; de acuerdo al censo de población y vivienda realizado en el año 2010, en Ecuador, existen 103.767 personas con discapacidad intelectual y 59.211 con discapacidad mental.<sup>141</sup>

Las políticas públicas, en los últimos años, han contribuido a paliar la situación de la población con discapacidad intelectual y psicosocial; sería injusto desconocer el valor que ha tenido el brindar esos servicios o prestaciones, pero también, es “*injusto para los intereses de las personas con discapacidad mantenernos con la mira puesta en el pasado, eludir el presente e ignorar el futuro*”.<sup>142</sup> Por esto, en las próximas líneas se analizará las instituciones de la interdicción y de la curaduría, desde el paradigma de los derechos humanos, a fin de determinar si constituyen una violación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y si son incompatibles con la CDPD.

### 3.1 La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Ecuador.

El ordenamiento jurídico prevé la capacidad jurídica de la persona como regla general y la incapacidad como excepción. Así, el art. 1462 del Código Civil (C.C.) establece que “*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*”.

Acto seguido, el art. 1463 del C.C. señala que: “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.*”

Tradicionalmente, el derecho ha consagrado que las personas con discapacidad carecen de capacidad jurídica; de este grupo, las que tienen

---

<sup>141</sup> Datos proporcionado por la biblioteca del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censo (INEC), Diciembre 2013.

<sup>142</sup> Luis Built Goñi. *Capacidad jurídica, familia y sociedad civil. El modelo social, una mirada hacia adentro*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 62

discapacidad intelectual y mental han sido afectadas de manera desproporcionada por los regímenes de sustitución en la toma de decisiones y negación de la capacidad jurídica.<sup>143</sup> Como consecuencia de ello, nacen las figuras de la interdicción y la curaduría:

Interdicción	Curaduría
Condición jurídica acreditada mediante un procedimiento judicial y su correspondiente sentencia en firme, que determina que una persona no puede ejercer su capacidad jurídica en nombre propio, ya sea en relación con todos, o algunos de los actos jurídicos de carácter personal y/o patrimonial. <sup>144</sup>	A continuación de la interdicción proceden figuras sustitutivas de la voluntad, como la curaduría, que ha sido definida como la declaración judicial a fin de que se nombre un curador o representante legal que cuide y proteja a la persona y los bienes del interdicto.

En concordancia con estas definiciones, el art. 367 del C.C. establece que *las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí misma (...)*,<sup>145</sup> posteriormente, el C.C. desarrolla en el Título XXII, las reglas especiales relativas a la interdicción del demente desde el artículo 479 al 489.

Este sistema tiene como características comunes que i) la capacidad jurídica se quita de un persona mediante una declaración judicial; ii) el sustituto que toma las decisiones puede ser designado por una persona distinta del interesado (juez), y esto se puede hacer en contra de su voluntad; y, (iii) el sustituto toma las decisiones sobre lo que se cree son los "mejores intereses" de la persona, en lugar de estar basado en la propia voluntad y las preferencias de la persona.<sup>146</sup>

Este sistema ha sido derogado por la CDPD y, en este sentido, el Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad estableció que la negación de la capacidad jurídica no debe estar basada en un rasgo personal como lo es la discapacidad.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. párr. 9

<sup>144</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 296

<sup>145</sup> Código Civil del Ecuador: Art. 367.- Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

<sup>146</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. párr. 23

<sup>147</sup> *Ibíd.* párr. 28

Uno de los problemas en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es que la discapacidad intelectual y psicosocial se abordan bajo el común denominador de “dementes”. El C.C. no distingue con claridad la discapacidad mental de la intelectual y al parecer las asimila. La inexactitud del término “demente” se ha remarcado desde hace tiempo, señalándose que no debe ser utilizado de manera genérica para todas las afecciones, ya que la demencia es una categoría más entre tantas y variadas patologías.<sup>148</sup>

### **3.2 Críticas al modelo sostenido por el Código Civil ecuatoriano.**

Las normas vigentes del Código Civil referentes a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad son violatorias de los derechos humanos, puesto que como se demostrará a continuación: i) se atribuye directamente a la discapacidad intelectual y psicosocial la incapacidad jurídica (modelo de atribución por status), ii) se da primacía a la prueba médica dentro del proceso olvidando que se debe tener en consideración las barreras impuestas por la sociedad; y, iii) se considera a la persona con discapacidad como un objeto del proceso.

#### **3.2.1 El modelo de atribución por status de incapacidad jurídica en el Código Civil.**

Los ordenamientos jurídicos han desarrollado diferentes modelos de atribuir la incapacidad. Para efectos del presente trabajo de disertación se traen a colación dos modelos reconocidos por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

1. Modelo de atribución por status: La atribución de incapacidad se produce por al menos dos motivos. En primer lugar porque la legislación decreta que las personas con ciertas discapacidades tienen “incapacidad absoluta” y en segundo lugar, porque el proceso judicial se limita a validar el dictamen médico de tal manera que, una vez que se establece que un individuo tiene discapacidad, se presume su falta de capacidad jurídica.<sup>149</sup>
2. Modelo funcional: Tiene lugar cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente, pero a diferencia del

---

<sup>148</sup> María Gabriela Iglesias. *Capacidad Jurídica: El juez en el arco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p 429

<sup>149</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 298

anterior, la persona con discapacidad es considerada incapaz sólo si por causa de su discapacidad, no puede realizar funciones específicas.<sup>150</sup>

En relación a estos modelos, el ordenamiento jurídico ecuatoriano encaja en el modelo de atribución por *status*, puesto que el propio ordenamiento jurídico establece que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial son incapaces. Así, el art. 1463 del C.C. señala: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”.

Del artículo se desprende que la discapacidad intelectual y psicosocial es igual a incapacidad jurídica (discapacidad = incapacidad jurídica), en conclusión existe una atribución directa de incapacidad.

Se podría sostener que la legislación ecuatoriana se enmarca dentro del modelo funcional, puesto que el art. 367 del C.C. establece que: *Las tutelas y curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquéllos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios (...)*. En consecuencia se podría creer que únicamente cuando la discapacidad produzca uno de los efectos citados procederá la incapacidad jurídica; sin embargo, la atribución por *status* de incapacidad también tiene lugar cuando dentro del proceso judicial, el juez se limita a validar el dictamen médico. Por lo tanto, una vez que se establece que un individuo tiene una discapacidad, se presume su falta de capacidad jurídica.

El C.C. ecuatoriano se subsume dentro de la atribución por *status*, pues es la propia legislación la que establece al “demente” como un incapaz absoluto y, como se analizará *infra*, dentro de los procesos de interdicción los jueces se limitan a validar el peritaje médico y no justifican cómo una discapacidad influye en la toma de decisiones de una persona.

En total sintonía con el modelo de atribución por *status*, el artículo 478 del C.C. dispone que “*El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos*”. Esto permite reforzar la hipótesis de que la legislación ecuatoriana realiza una atribución directa de incapacidad, puesto que la presencia de la “demencia” siempre será una justificación de la privación de la capacidad jurídica, aunque existan “intervalos

---

<sup>150</sup> *Ibíd.* p. 297 y ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. párr. 133

lúcidos”; y como se puede apreciar, el derecho ecuatoriano ni siquiera exige formalmente que la discapacidad genere una imposibilidad de administrar los bienes o cuidar a su persona. Es decir, más allá de la posibilidad real de tomar decisiones, aunque sean escasas, la persona con discapacidad intelectual y mental podrá ser privada de tomar decisiones sobre su patrimonio.

A manera de conclusión, sobre este tema, se señala que el C.C. establece directamente que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial son incapaces absolutas. Además, las personas con discapacidad pueden, en razón de su condición, ser sometidas a procesos de interdicción y curaduría.

A continuación, se analizará cómo dentro de estos procesos, el juez se limita a “*validar el dictamen médico que directamente pasa, por virtud de la sentencia de un plano médico a un plano legal.*”<sup>151</sup>

### **3.2.2 La supremacía de la prueba médica en el proceso de interdicción.**

*En algunas legislaciones los Estados han puesto instrumentos muy torpes para declarar incapacidad, y sobre esa base niegan la capacidad jurídica, por ejemplo un diagnóstico general de “desorden mental” o “discapacidad intelectual”.*

Michael Bach<sup>152</sup>

La incapacidad jurídica de una persona se determina de acuerdo a lo establecido en el C.C. transcrito a continuación:

*Art. 482.- El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza, sobre la existencia y naturaleza de la demencia.*

*Pero no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón. (El subrayado no pertenece al texto original)*

Asimismo, el Código de Procedimiento Civil (CPC) establece:

*Art. 752.- Si se solicita la interdicción judicial por causa de demencia, el juez nombrará dos facultativos que reconozcan al supuesto demente e informen sobre la realidad y naturaleza de la demencia, y el mismo juez acompañado del secretario, le examinará, por medio de interrogatorios, y se instruirá de cuanto concierna a la vida anterior, estado actual de la razón, y circunstancias personales del supuesto demente; sin perjuicio de oír, en privado, a los parientes y a las personas con quienes éste viva. (El subrayado no pertenece al texto original)*

---

<sup>151</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 298

<sup>152</sup> Cfr. Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 62

De las normas transcritas se infiere que, el juez debe seguir tres pasos para determinar la incapacidad jurídica de una persona con discapacidad: 1) el juez debe informarse del pasado de la persona, 2) debe tomar su decisión en base a peritajes médicos y, 3) debe entrevistar personalmente a la persona con discapacidad.

Para la constatación de estos tres pasos, se procedió al análisis de 5 procesos de interdicción por razón de discapacidad intelectual y mental, los mismos que se presentan en la siguiente tabla:

No. de Juicio	Actor	Demandado
17309-2010-1065	Ninfa Rocío Arévalo Gordon (madre)	Sergio Gabriel Morgan Arévalo (hijo)
17301-2012-0865	Segundo Manuel Rubio Tapón (sobrino)	María Lucinda Rubio Tapón (tía)
17203-2013-6291	María Luisa Vela Chiriboga (madre)	Vicente Raúl Antonio Gallegos Vela (hijo)
17203-2013-44271	Víctor Guillermo Aguilar Rivadeneira (padre)	Paúl Xavier Aguilera Jácome (hijo)
17203-2013-51821	María Teresa Padrón Machuca (esposa)	Guillermo Ignacio Miranda Muñoz (esposo)

Respecto al **primer paso**: *El juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente.* El Código de Procedimiento Civil establece que el juez deberá oír, en privado, a los parientes y a las personas con quienes viva la persona con discapacidad.

De los 5 procesos analizados, sólo en uno se realizó audiencia para escuchar a los parientes. En el juicio No. 17203-2013-44271, seguido por Víctor Guillermo Aguilar Rivadeneira en contra de su hijo Paúl Xavier Aguilera Jácome, a foja 32 del expediente se encuentra el acta de audiencia donde se escucha a los parientes de Paul. Sin embargo, en dicha audiencia la jueza no preguntó respecto de la vida del demandado, sino que simplemente preguntó respecto del Sr. Domingo Bruzzone quien en la demanda fue insinuado como su curador. Al respecto sus parientes señalaron que *conocen al Sr. Domingo Andrés Bruzzone Aguilar, por ser una persona capaz e idónea para desempeñar el cargo de curador.*

Lo curioso de esta diligencia es que se indagó respecto de la idoneidad del curador antes de conocer si el demandado lo va a necesitar, pues recién a foja 41 del expediente se establece la pericia médica.

En los 4 procesos restantes, no existe evidencia de que se oyó a parientes para conocer de “la vida anterior del demente”. Los jueces simplemente se informan

de ésta a través de la pericia médica; por lo tanto, inmediatamente se aborda el estudio de **segundo paso**: *El juez oirá el dictamen de facultativos de su confianza, sobre la existencia y naturaleza de la demencia.*

En este sentido, es curioso traer a colación la causa 17301-2012-0865, en el que a foja 33, el actor señala, respecto a la solicitud de la pericia psicológica lo siguiente:

*Señor juez he solicitado esta diligencia en particular porque la señora María Lucinda Rubio Tapón no es porque tenga sus facultades mentales disminuidas sino porque el lenguaje que desde su juventud utiliza, no podía articular completamente las palabras* (El subrayado no pertenece al texto original)

Bajo este antecedente, a foja 36 el primer peritaje concluye que “*María Lucinda Rubio Tapón, de 90 años de edad, es una persona que no conserva sus facultades mentales superiores con un buen desempeño*”. El segundo peritaje, a foja 44, concluye que la demandada “*presenta alteraciones en sus funciones psíquicas*”. Se observa que ninguno de los peritajes aclara si se trata, tal como lo afirma el demandante, de un problema en la comunicación de la demandada ni tampoco determinan cuál es el trastorno mental de la Sra. Rubia Tapón. Sin embargo, el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, sin resolver y motivar acerca de estos puntos, la declara interdicta.

En procesos como el referido, Alfredo Kraut señala que el defecto observado en muchas sentencias judiciales es que los jueces siguen con ligereza el dictamen médico, e incurren en el vicio de no detallar el nexo causal entre el diagnóstico patológico y la imposibilidad, para quien lo sufre, de administrar su patrimonio o atender a su persona.<sup>153</sup>

Al respecto el CONADIS mexicano ha señalado que:

*El hecho de que la prueba pericial médica sea la prueba principal, fundamental [...] parece injusto para las personas con discapacidad y contrario al sistema de revisión a fondo que establece la CDPD [...].*

*Un certificado médico puede cuando mucho acreditar las deficiencias médicas de la persona con discapacidad más no el grado de inclusión social y barreras que la persona con discapacidad enfrenta y el tipo de asistencia y salvaguardias específicas que la misma necesita a efecto de ejercer su capacidad jurídica.*<sup>154</sup>

Por otra parte, dentro del proceso 17309-2010-1065, a foja 9, la prueba pericial señala que Gabriel Morgan Arévalo, un joven de 24 años, tras la muerte de su padre sufre una depresión y actualmente este *trastorno podría ser una esquizofrenia*

<sup>153</sup> Alfredo Kraut. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. p. 334.

<sup>154</sup> CONADIS México. Informe Final: *Seminario sobre la Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad en México*. Gobierno Federal, México D.F, 2010. p. 25

*catatónica o una enfermedad bipolar tipo I. Por el momento, el diagnóstico diferencial entre las dos entidades, es difícil establecerlo. (Foja 10)*

La imprecisión a la hora de determinar el trastorno mental de Gabriel Morgan pone de manifiesto que las pruebas psicosomáticas no pueden ser la única prueba, ni la más importante dentro del proceso, puesto que:

*La evaluación de un estado de “incompetencia” de una persona no es una tarea sencilla. Los estados mentales de una persona pueden ser calificados y clasificados por la medicina, la psiquiatría, la psicología pero todo ello resulta insuficiente para evaluar a una persona como un todo integral; y por ello, esta debe ser valorada en plenitud, más allá de las fronteras de las ciencias de la salud, y de conformidad con el contexto particular que rodea su vida. Esto exige una extrema pericia médica, psicológica, social, jurídica; pues, ante el supuesto de “incompetencia” o falta de aptitud de una persona para la comprensión del acto y sus derivaciones, habrá que analizar con mucha prudencia las diversas circunstancias legales por las que atraviesa.<sup>155</sup>*

En el proceso aludido, la pericia establece que el joven es capaz de tocar el piano e informa de un modo general su conducta; pero no establece qué tareas no puede realizar o en qué tipo de decisiones puede necesitar ayuda de un tercero.

Dada la importancia y las consecuencias que pueden devenir de un proceso de interdicción, se considera que las pruebas psicosomáticas deben contener un detalle pormenorizado de las actividades que pueden realizar las personas con discapacidad de manera autónoma e independiente y las actividades en las que pueden necesitar apoyo.

A través de esta sentencia se ha condenado a un joven de 24 años, al que ni siquiera se determinó con exactitud el trastorno mental, la imposibilidad de ejercer sus derechos. Sin embargo, en el supuesto de que se hubiese podido determinar el trastorno, desde la CDPD la regulación de la capacidad jurídica no debe basarse únicamente en función de la severidad de la patología, por el contrario deben ser las capacidades concretas, los niveles de discernimiento y las posibilidades de la persona, entre otros, a los que el juez debe acceder, para proveer los apoyos en la toma de decisiones en cada caso concreto.

Del análisis de los procesos de interdicción se puede determinar que la pericia médica constituye la prueba más importante para la declaración de interdicción dado que la motivación de las sentencias tiene como eje el peritaje psicosomático.

---

<sup>155</sup> Dolores Loyarte. *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 589

Dada la importancia del **tercer paso**: *El juez no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón*, se lo abordará con mayor amplitud a continuación en el acápite 3.2.3.

Los procesos citados hasta ahora deben ser contrastados con, lo que se ha considerado, buenas prácticas dentro de los procesos de interdicción en el derecho comparado; es así que, el 22 de octubre de 2009, el Tribunal de Familia de Mar del Plata, sentó un precedente en la región, puesto que dentro del proceso de interdicción 22272 en contra de D.E., se consideró a la discapacidad no sólo como una deficiencia de la persona, sino también como el producto de las barreras sociales, por lo que se solicitaron pericias médicas y sociales.

La pericia médica estableció que D.E padecía de psicosis esquizofrénica, sin embargo, conversaba el discernimiento y por tanto no requería ser interdicto. Por su parte la pericia social, estableció que D.E carecía de vínculos afectivos y de familia lo que desembocó en problemas con el alcohol, más allá de una patología médica.

La pericia social hizo énfasis en la autodeterminación e independencia de D.E y describió cómo realiza sus actividades cotidianas y financieras por sí solo. Frente a estas pericias y en cumplimiento de la CDPD, el Tribunal de Mar del Plata estableció que D.E. no requería un modelo de sustitución.

La sentencia argentina, brinda la oportunidad de diferenciar dos conceptos: capacidad y discernimiento. Distinguir estos conceptos es esencial en los procesos de interdicción, así lo recoge el Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, que establece que la capacidad es un término de dimensión legal y el discernimiento de dimensión médica.<sup>156</sup> En general, “discernimiento” se refiere específicamente a la presencia de facultades para tomar decisiones o adoptar cursos de acción, mientras que “capacidad” se refiere a las consecuencias jurídicas de la falta de discernimiento.

*Habitualmente, el discernimiento se presume y, por ende, también se presume la capacidad. De modo que se asume que las personas son capaces, y tienen discernimiento suficiente para tomar decisiones, hasta que se demuestre lo contrario. La presencia de un trastorno mental importante no implica, de por sí y por su sola existencia, la inexistencia de discernimiento para adoptar decisiones. De modo que la presencia de un trastorno mental no constituye el factor determinante y último del discernimiento y menos aún de la capacidad jurídica.<sup>157</sup> (El subrayado no pertenece al texto original)*

---

<sup>156</sup> OMS. Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación. Ediciones de la OMS, Ginebra, 2006. p. 45 y 46

<sup>157</sup> *Ibíd.* pp. 45 y 46

Asimismo, la OMS señala que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo, y no constituye un concepto de “todo o nada”, por lo que es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada, o la función específica a ser cumplida.

*Sin perjuicio de ello, necesariamente en algún punto estas dos dimensiones son llamadas a interactuar, y es allí donde habitualmente el binomio médico - juez suele transitar en el camino fácil del modelo de atribución directa, esto es, trastorno mental o intelectual severo = falta de discernimiento = incapacidad.*<sup>158</sup>

A la luz de lo establecido por la OMS, los operadores jurídicos ecuatorianos en ejercicio de su función deben sentirse obligados a dudar de la rigidez y exactitud de los diagnósticos médicos.<sup>159</sup>

De manera general podemos establecer que la aplicación del art. 482 del C.C. y 752 del C.P.C tienen como criterio dominante un marco médico, en el que el psicólogo o psiquiatra es el sujeto observador y el objeto de su conocimiento son las “capacidades mentales” específicas del individuo observado. Esto generalmente significa, de acuerdo a Michael Bach, que en la práctica, los médicos pueden declarar que una persona es mentalmente incapaz de ejercer su capacidad jurídica, a través de alguna herramienta estándar de evaluación y en el espacio de unos pocos minutos.<sup>160</sup>

*La CDPD sugiere que este enfoque ya no es adecuado para tomar una determinación que tan profundamente afecta el recogimiento como persona ante la ley y el goce de sus derechos. Aclara que las personas con discapacidad deben ser los sujetos de sus vidas, ya no más considerados objetos de evaluaciones de terceros.*<sup>161</sup>

### **3.2.3 La persona con discapacidad intelectual y psicosocial como objeto del proceso de interdicción.**

Como se estableció previamente, el **tercer paso** (el juez no podrá decretar la interdicción sin examinar personalmente al demandado, por medio de interrogatorios conducentes al objeto de descubrir el estado de su razón) será abordado con amplitud dentro de este acápite.

La Corte Europea de Derechos humanos estableció, sobre la participación de las personas con discapacidad dentro de los procesos de interdicción, que éstas tienen derecho a participar efectivamente en los procedimientos referentes a su

---

<sup>158</sup> *Ibíd.* pp. 45 y 46

<sup>159</sup> María Gabriela Iglesias. *Capacidad Jurídica: El juez en el arco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción.* Artículo contenido en el libro de Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 431 y 432

<sup>160</sup> Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 84

<sup>161</sup> *Ibíd.* p. 84

capacidad jurídica, pues desempeñan un doble papel: primero como la principal parte interesada y segundo como el sujeto de examen del tribunal; por lo tanto, su participación es necesaria, “no sólo para que pueda presentar su propio caso, sino también para que el juez pueda forjarse una opinión personal sobre la capacidad mental de la persona”.<sup>162</sup>

A continuación, se demuestra cómo en los procesos de interdicción nacionales existe una muy limitada participación de las personas con discapacidad, lo que constituye una violación de sus derechos:

### **3.2.3.1 Violación del derecho a ser notificado.**

En el juicio No. 17203-2013-6291, seguido por María Luisa Vela Chiriboga en contra de Vicente Raúl Antonio Gallegos, a foja 17 se establece:

*Siento por tal que no he podido citar a GALLEGOS VELA VICENTE PAÚL, por cuanto en Clínica Nuestra señora de Guadalupe (...) NO SE ENCUENTRA (...) YA QUE HA RECIBIDO EL ALTA MÉDICA.*

Posterior a esta razón de citación, en el expediente no se da fe de que se haya citado al demandado; sin embargo, la sentencia en el considerando primero establece: *No se advierte vicio u omisión de solemnidades sustanciales que provoquen la nulidad de lo actuado.* Pese a que la citación es una solemnidad sustancial en todo proceso judicial y no se realizó dentro de éste, no se declaró su nulidad.

Asimismo, en la causa No. 17203-2013-51821, seguida por María Teresa Padrón Machuca en contra de su esposo Guillermo Ignacio Miranda Muñoz, a fojas 13 y 16 se sienta razón de que no se ha podido citar personalmente al demandado. Posteriormente, a foja 26 del proceso se señala que se lo citó por tres boletas, lo curioso es que éstas fueron entregadas a, María Teresa Padrón, la demandante.

En los tres procesos restantes no existe evidencia de la notificación a la persona con discapacidad para darle a conocer sobre el proceso seguido en su contra. Bajo estos antecedentes fácticos, se puede establecer que el Estado violó el derecho a ser notificado reconocido en el art. 86.2.d) de la Constitución:

*Art. 86. 2.- (...) serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:  
d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.*

Sobre la violación al derecho a la notificación, la Corte Europea de derechos humanos ha señalado en el caso Shtukaturov vs Rusia, que la notificación de las

---

<sup>162</sup> TEDH. Caso Salontaji - Drobnjak vs Serbia, Aplicación No. 36500/05, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 127

personas con discapacidad en los procesos de interdicción es trascendental ya que se discute su autonomía personal en relación a todas las áreas de su vida.<sup>163</sup>

Del análisis de los expedientes se aprecia que generalmente los procesos de interdicción se llevan al margen de la participación efectiva de la personas con discapacidad y su presencia se reduce en ellos a ser el objeto de la prueba pericial.

### **3.2.3.2 Violación del derecho a ser oído.**

Otro aspecto por el que se considera que la persona con discapacidad es objeto dentro del proceso de interdicción, es precisamente la ausencia de actos procesales en los que interviene.

#### Interrogatorio

El art. 752 del Código de Procedimiento Civil señala:

*Si se solicita la interdicción judicial por causa de demencia, (...) el mismo juez acompañado del secretario, le examinará, por medio de interrogatorios, y se instruirá de cuanto concierna a la vida anterior, estado actual de la razón, y circunstancias personales del supuesto demente (...).*

Acto seguido, el art. 753 señala: “*Se sentará acta de lo practicado con arreglo al artículo anterior; (...).*”

A foja 8 del proceso de Gabriel Morgan Arévalo se establece:

*(...) al realizar algunas preguntas con el afán de determinar su estado de orientación, realiza contestaciones que no son completas a las interrogantes y en determinados momentos, demostrando ciertas actitudes pasivas, no responde a lo que se le pregunta (...)*

Resulta curioso que en el acta, no se establezcan cuáles fueron las preguntas realizadas por el juez, ni las respuestas dadas por el demandado, y simplemente se reduzca la diligencia a una descripción general.

Lo mismo ocurrió en el Juicio No. 17203-2013-6291, seguido por María Luisa Vela Chiriboga en contra de Vicente Raúl Antonio Gallegos Vela, pues a foja 26 del proceso se señala: *El juez procede a realizarle varias preguntas al Sr. Raúl Antonio Gallar Vela, las mismas que fueron respondidas con dificultad, facultad de lucidez y muy poco colaborativo.*

---

<sup>163</sup> TEDH. Caso Shtukaturov vs. Rusia. Aplicación N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008. párr. 71

Por otra parte, dentro del juicio No. 17203-2013-51821, citado anteriormente, a foja 32 se encuentra el acta del interrogatorio, y se establecen las siguientes preguntas realizadas por el juez:

*El suscrito juez le pregunta: ¿Cómo se llama usted? Guillermo Miranda Muñoz, ¿Cuántos años tiene?, responde treinta y dos años. ¿De los que estamos aquí quiénes son sus hijos? No contesta. Termina la diligencia*

Pese a que dentro de este proceso sí se establece qué preguntas fueron realizadas a la persona con discapacidad, resulta alarmante que la evaluación por parte del juez se reduzca a tres simples cuestionamientos, cuando por el contrario esta es una diligencia esencial dentro del proceso de interdicción.

Se considera que, estos interrogatorios pueden vulnerar derechos, ya que en ninguno de los procesos se hace constar que dentro de los mismos existió la presencia de un abogado particular o un defensor público, tal como lo exige el art. 76.7.e) de la Constitución.

#### Designación del tutor

Otro aspecto por el que se considera que la persona con discapacidad es un objeto, dentro del proceso, es porque la adopción de su curador es despersonalizada, ya que éste es impuesto y no se consulta a la persona con discapacidad.<sup>164</sup>

En el proceso citado *up supra* 7309-2010-1065, se declaró como curadora del joven Gabriel Morgan Arévalo a su madre la Sra. Ninfa Arévalo, sin considerar la opinión de la persona con discapacidad.

Es común que padres o madres sean designados curadores de sus hijos, no obstante, no en todos los casos designar a un familiar es un acierto; por ejemplo, la Corte Europea de derechos humanos en el caso *DD* declaró la responsabilidad internacional de Lituania, ya que en jurisdicción interna se había designado al padre de la persona con discapacidad como su curador, situación que no obedeció la voluntad de la víctima dada la pésima relación que tenía con su progenitor.<sup>165</sup>

En este mismo sentido, el Tribunal Europeo estableció que las personas con discapacidad deben ser oídas al momento de la designación de su tutor y que a éstas

---

<sup>164</sup> Francisco Bariffi. Mesa Redonda. Plena igualdad ante la Ley, capacidad jurídica y limitación de derechos. Internet: [www.cermi.es/es.../Francisco%20Bariffi%20Capacidad%20Jurídica.doc](http://www.cermi.es/es.../Francisco%20Bariffi%20Capacidad%20Jurídica.doc) Acceso: (23/11/2013)

<sup>165</sup> TEDH. Caso *DD vs Lituania*. Aplicación No.13469/06, Sentencia de 14 de febrero de 2012. párr. 122 -124

le asiste el derecho a oponerse a la designación del mismo;<sup>166</sup> derecho que no ha sido garantizado dentro de los 5 procesos analizados.

### **3.2.3.3 Violación del derecho a la defensa.**

Una de las garantías a la defensa practicadas en los procesos de interdicción es que el juez, previo a dictar sentencia remite a la Fiscalía General del Estado (FGE) la prueba pericial psicosomática para que se pronuncie sobre la misma.

En todos los procesos analizados se remitió la prueba pericial a la Unidad de Descongestión de Casos de la FGE; sin embargo, se observa que en la práctica, ésta institución, en ningún caso objetó tal prueba. Es decir, su participación no fue contradictoria y no constituyó una verdadera garantía de defensa para las personas con discapacidad.

Por otra parte, la Constitución establece como garantía del derecho a la defensa que los peritos están obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo;<sup>167</sup> sin embargo, en ninguno de los procesos existe constancia de este acto y la presencia de éstos se reduce a su evaluación psicosomática y a su posterior ratificación.

Asimismo, la Carta Magna establece que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas;<sup>168</sup> no obstante, en ninguna de las sentencias se establece cómo la presencia de una deficiencia constituye una discapacidad, ni tampoco se analizan las barreras sociales a las que se enfrentan los demandados. Así también, se observa la falta de motivación, puesto que en ninguna resolución se toma en consideración la CDPD que fue ratificada por el Ecuador y, por lo tanto, es de carácter vinculante para todos los servidores públicos.

Del análisis de los expedientes se puede llegar a la conclusión que las personas con discapacidad no tienen mecanismos de defensa efectivos dentro de los procesos de interdicción, ya que como no son notificados no cuentan con el tiempo y los medios adecuados para preparar argumentos; asimismo, en ninguno de los procesos se establece la participación de un defensor público.

A la luz de estos argumentos, sumado al excesivo protagonismo de la evaluación médica que el juez convierte en legal, agravada por la escasa participación del sujeto como parte activa del proceso, se concluye que el proceso de interdicción

---

<sup>166</sup> *Ibíd.* párr. 102

<sup>167</sup> Constitución del Ecuador, art. 76.7.j)

<sup>168</sup> Constitución del Ecuador, art. 76.7.l)

constituye una dinámica de atribución por status de incapacidad que a todas luces se encuentra seriamente cuestionada por la CDPD.<sup>169</sup>

### 3.3 Efectos del estado de interdicción y curaduría.

El modelo de atribución por status de la incapacidad, asume que la persona con discapacidad intelectual o psicosocial no tiene capacidad jurídica y, como consecuencia, mediante una declaración judicial, un tercero toma decisiones “por” la persona, sustituyéndola en la toma de decisiones. A continuación, se analizarán cuáles son los efectos de este estado para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

#### 3.3.1 La sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en la toma de decisiones.

La sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad es el eje de la interdicción y la curaduría, así lo expresa el siguiente artículo:

*Art. 415.- Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones.*

Bajo este artículo se establece que las personas con discapacidad mental o psicosocial, en estado de interdicción, no pueden celebrar ningún acto, toda vez que son sustituidas por su curador.

Asimismo, la sustitución de la persona con discapacidad es fácilmente palpable en el siguiente artículo:

*Art. 146.- Si el cónyuge que debe prestar su consentimiento para un contrato relativo a los bienes de la sociedad conyugal, estuviere en interdicción, o en el caso del Art. 494, el juez, oído el ministerio público, suplirá el consentimiento, previa comprobación de la utilidad.*

El artículo refleja que, a través de la interdicción se sustituye la voluntad y el consentimiento de las personas con discapacidad; por lo tanto, éstas deben “*permanecer en silencio y escuchar, relegadas e impotentes, el monólogo de la sociedad*”.<sup>170</sup> Si bien este artículo establece como garantía que se debe oír al ministerio público, surge la inquietud de si: ¿La FGE garantizará los derechos del interdicto, al igual que lo hace al analizar la pericia psicosomática dentro del proceso de interdicción?.

---

<sup>169</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 298

<sup>170</sup> José Antonio Seoane. Op. Cit. 67. p. 22

A través de la sustitución de la voluntad, en palabras de Michael Bach, en vez de imitar la voluntad y las preferencias de la persona, en la mayoría de los casos existe una ignorancia consciente de éstas, incluso cuando aquellas son detectables.<sup>171</sup>

*La asistencia que no tiene en cuenta el deseo del destinatario es un daño y no una asistencia. Aquí no se está cuestionando el impulso humanitario de ayudar a otro cuando lo necesita, sino que se cuestiona el procedimiento mediante el cual las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales son desplazadas del gobierno de sus propias vidas. Mientras que el reconocimiento de la interdependencia humana fortalece los derechos humanos de todas las personas, la imposición de la dependencia implica la negación de la aspiración humana, respeto y elección. Es por dicho reconocimiento de la interdependencia humana que el modelo de asistencia en la toma de decisiones requiere desplazar el sistema de la tutela en la construcción legal de la capacidad.<sup>172</sup>*

Como sostiene el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad:

*(...) el simple hecho de sufrir una discapacidad no implica por sí solo la imposibilidad de gestionar sus derechos y obligaciones, ni tampoco la de realizar por sí mismo actos con plena trascendencia jurídica<sup>173</sup>*

Conforme el paradigma de derechos humanos, se debe partir de la capacidad y no de la discapacidad. Las personas con discapacidad pueden tomar decisiones por sí mismas en el marco de su libertad de elección, pequeñas o trascendentales, pero siempre importantes para su valoración personal y, de esa manera, ejercer su derecho a la libertad que es inherente a la condición humana.<sup>174</sup>

### **3.3.2 Restricción para ejercer actos jurídicos patrimoniales.**

En los puntos 3.3.2 y 3.3.3 de la presente disertación no se pretende abordar exhaustivamente cada uno de los derechos objeto de análisis, sino presentar algunas generalidades, dejando abierta la invitación al análisis más profundo de cada derecho y a la construcción de un debate.

Para realizar un análisis objetivo de la curaduría y del patrimonio de la persona con discapacidad, se debe establecer que el C.C. contiene ciertas garantías, por

---

<sup>171</sup> Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 42

<sup>172</sup> Intervención del International Disability Caucus sobre "Substituted Decision Making will apply to all persons with psychosocial disability". Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Sexta Sesión de debates de la CDPD).

<sup>173</sup> OEA, I Reunión del Grupo de Trabajo del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Departamento de programas jurídicos especiales. Washington D.C. 2010. p.17

<sup>174</sup> Otilia del Carmen Zito Fontán. *Directivas anticipadas en el Régimen Jurídico Argentino*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 348

ejemplo, desde los artículos 418 hasta el 427 se exige que para enajenar, hipotecar, dividir de bienes raíces, realizar o repudiar donaciones, proceder a transacciones que se avalúen en más de mil dólares; el curador deberá obtener una previa decisión judicial, caso contrario dichos negocios realizados por él se consideran nulos.

Si bien esos artículos pueden ser considerados una garantía, los mismos desconocen la voluntad de la persona con discapacidad, ya que es el juez el que toma la decisión y no se establece como requisito el consentimiento de la persona con discapacidad. Además, la autorización del juez para estos actos, puede tener como efecto una dilatación excesiva en la ejecución de los mismos pudiendo generar perjuicios a la persona con discapacidad.

Ahora bien, en lo que corresponde a la restricción de derechos en el ámbito patrimonial, la consecuencia de la incapacitación legal es extrema, ya que si el afectado con una resolución de esta naturaleza actúa por sí solo, el acto jurídico adolecerá de nulidad absoluta, y no producirá ningún tipo de obligación. Así lo expresa el Código Civil:

*486.- Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.*

*Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.* (El subrayado no pertenece al texto original)

Este artículo establece una consecuencia muy grave para las personas con discapacidad, puesto que posterior a la sentencia de interdicción se anula su capacidad jurídica y por lo tanto su voluntad deja de tener validez para realizar actos jurídicos respecto de su patrimonio. Además, se establece que incluso antes de ser interdicto se pueden anular el acto si se prueba que ya era “demente”.

En la siguiente tabla se traen a colación los actos en los que expresamente el C.C. señala que no pueden participar las personas con discapacidad mental o intelectual:

<b>Posesión</b>	<p><i>Art. 738.- Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que compete.</i></p> <p><i><u>Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.</u></i></p>
<b>Hipoteca</b>	<p><i>Art. 2316.- No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino <u>la persona que sea capaz de enajenarlos,</u> y con los requisitos necesarios para la enajenación.</i></p>

<b>Testar</b>	Art. 1043.- No son hábiles para testar: 2o.- <u>El que se hallare en interdicción por causa de demencia;</u>
<b>Albaceas</b>	Art. 1295.- No puede ser albacea el menor. Ni las personas designadas en los artículos 518 y 519. Art. 518.- Son incapaces de toda tutela o curaduría: 3o.- <u>Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;</u>
<b>Compra venta</b>	Art. 1734.- Son hábiles para el contrato de venta todas las personas que la ley <u>no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato.</u>
<b>Permuta</b>	Art. 1899.- No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse. Ni son hábiles para el contrato de permutación <u>las personas que no son hábiles para el contrato de venta.</u>
<b>Depósito</b>	Art. 2123.- Este contrato no puede tener efecto sino <u>entre personas capaces de contratar.</u> Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal. Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá sólo acción para reclamar la cosa depositada mientras esté en poder del depositario; y a falta de esta circunstancia, tendrá sólo acción personal contra el depositario, hasta el valor de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de la pena que las leyes impongan al depositario, en caso de dolo.
<b>Donaciones</b>	Art. 1403.- Es hábil para donar entre vivos toda persona que <u>la ley no ha declarado inhábil.</u> Art. 1404.- Son inhábiles para donar los que <u>no tienen la libre administración de sus bienes;</u> salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben. Art. 1405.- Es capaz de recibir una donación entre vivos toda persona que la ley <u>no ha declarado incapaz.</u>
<b>Del juego y de la apuesta</b>	Art. 2167.- Lo pagado por <u>personas que no tienen la libre administración de sus bienes,</u> podrá repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, tutores o curadores.
<b>Curaduría</b>	Art. 518.- Son incapaces de toda tutela o curaduría: 3o.- <u>Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;</u> Art. 529.- Las causas antedichas de incapacidad, que sobrevengan durante el ejercicio de la tutela o curaduría, darán fin a ella. Art. 530.- <u>La demencia del tutor o curador viciará de nulidad todos los actos que durante ella hubieren ejecutado,</u> aunque no hayan sido puestos en interdicción.

Esta tabla ilustra el papel central que desempeña la capacidad jurídica; sin ella, la mayoría de derechos se limitarían drásticamente. Por este motivo, la capacidad jurídica reconocida en el art. 12 de la CDPD, se considera una disposición esencial, ya que es requisito *sine qua non* para el ejercicio de los demás derechos.

Algunas normas del C.C. resultan directamente violatorios (albacea, curaduría), porque establecen que las personas con discapacidad intelectual y psicosocial no pueden realizar determinado acto jurídico independientemente de si se encuentran o

no interdictas. Es decir, se las discrimina por la condición de discapacidad y se les impide el ejercicio de un derecho de manera directa a través de la legislación.

En relación al patrimonio, resulta pertinente mencionar, que también existen barreras a nivel de servicios o transacciones en las notarías. Por ejemplo, una persona con discapacidad mental o intelectual no puede realizar una compraventa porque el art. 20.3 de la Ley Notarial señala que se *prohíbe a los notarios: Autorizar escrituras de personas incapaces, (...)*.

Para poner de manifiesto, las consecuencias que puede tener la interdicción sobre el patrimonio de las personas con discapacidad se trae a colación la siguiente jurisprudencia:

La Corte Europea en el caso *Zehentner*<sup>175</sup> determinó la responsabilidad internacional de Austria, puesto que una mujer que sufrió una crisis nerviosa y acabó en un hospital psiquiátrico fue declarada interdicta y colocada bajo curaduría. En dicho periodo su casa fue vendida sin su consentimiento. Posteriormente, ella trató en vano de anular la venta de su casa.

El Tribunal concluyó que el Estado no ofreció protección adecuada a la víctima, pues debido a su falta de capacidad jurídica no pudo impugnar la venta de su casa, ni utilizar otros recursos disponibles.

Este caso ilustra que anular la capacidad jurídica de un individuo y permitir que otra persona tome decisiones por éste, puede dar paso a que terceros abusen de su patrimonio y que se imponga un proyecto de vida que no responde a la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad.

### **3.3.3 Restricción para ejercer actos jurídicos personalísimos.**

La sustitución de la voluntad afecta gravemente la esfera personalísima que es inherente del núcleo esencial de la personalidad de todo ser humano y que es absolutamente intangible.

La sustitución de la voluntad puede tener como consecuencia decisiones que conllevan internamientos o tratamientos forzosos (afección del derecho a la libertad), pruebas clínicas e intervenciones quirúrgicas (afección al derecho a la integridad

---

<sup>175</sup> TEDH. Caso *Zehentner vs. Austria*, Aplicación 20082/02. Sentencia de 16 de julio de 2009.

personal y a la salud), por citar los más significativos. Todas estas sustituciones en la toma de decisiones comprometen los derechos humanos más básicos.<sup>176</sup>

En referencia a la restricción de derechos personalísimos, el C.C. establece:

<b>Libertad</b>	<p><i>Art. 487.- El demente no será privado de su libertad personal, <u>sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros.</u></i></p> <p><i>Ni podrá ser trasladado a un hospital psiquiátrico, ni encerrado, ni atado, <u>sino momentáneamente</u>, mientras, a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtenga autorización judicial para cualquiera de estas medidas.</i></p>
<b>Matrimonio</b>	<p><i>Art. 95.- Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:</i></p> <p><i>5o.- <u>Los dementes;</u></i></p> <p><i>Art. 96.- Es igualmente causa de <u>nulidad del matrimonio</u> la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas:</i></p> <p><i>2a.- <u>Enfermedad mental que prive del uso de razón;</u></i></p> <p><i>Art. 98.- La acción de nulidad del matrimonio puede proponerse por los cónyuges o por el ministerio público, <u>si se funda en defectos esenciales de forma, o en los impedimentos dirimentes señalados en el Art. 95; pero si la acción se funda en los vicios del consentimiento señalados en el Art. 96, solamente <u>podrá demandar el cónyuge perjudicado</u>, esto es, el que incurrió en error, <u>el que se casó con un demente, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves.</u></u></i></p>
<b>Declaración de paternidad</b>	<p><i>Art. 255.- La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz.</i></p> <p><i><b>Art. 256.-</b> A falta de madre, o si ésta hubiere fallecido, <u>estuviere en interdicción o demente</u>, la acción podrá intentarse, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador ad-litem. Si fuere adulto menor de dieciocho años, la acción podrá intentarla el curador general, un curador especial o un curador ad-litem, los que procederán con asentimiento del hijo; y <u>si éste fuere demente o sordomudo, no será necesario su consentimiento.</u></i></p>

Sobre los derechos personalísimos se hará un análisis más profundo, dado que la sustitución de la voluntad sobre los mismos representa una grave violación a los derechos humanos que, a menudo, ha sido invisibilizada:

### **3.3.3.1 Derecho a la libertad personal.**

*Las personas con discapacidad intelectual y mental tienen el derecho a vivir una vida fuera de las instituciones, al igual que el resto de personas.*  
*Marcos Ferreiro<sup>177</sup>*

<sup>176</sup> Luis Cayo Pérez Bueno. *La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 162

<sup>177</sup> Marcos Ferreirós. *Salud Mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, Madrid, CERMI, 2007. p.72

A la luz del paradigma de derechos humanos y la CDPD los Estados deben asegurar que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad, en igualdad de condiciones que el resto de personas. En consecuencia, la privación de la libertad no puede ser justificada por la existencia de una discapacidad.<sup>178</sup>

El internamiento de personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas (institucionalización) tiene directa relación con la interdicción y la curaduría puesto que, en algunos casos, son los curadores quienes la solicitan.

En nuestro país, el Hospital Julio Endara, en la ciudad de Quito, está orientado al tratamiento de personas con discapacidades mentales agudas o crónicas. El Hospital mantiene 146 camas habilitadas, de las cuales 118 son ocupadas por pacientes crónicos abandonados por sus grupos familiares y 26 pacientes permanecen por disposición del curador.<sup>179</sup>

Aunado a esto, el art. 487 del C.C. prevé la posibilidad de que las personas con discapacidad sean institucionalizadas:

*Art. 487.- El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros.*

*Ni podrá ser trasladado a un hospital psiquiátrico, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras, a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtenga autorización judicial para cualquiera de estas medida*

La privación de la libertad para las personas con discapacidad, establecida en el C.C., no respeta los requisitos mínimos establecidos por los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental<sup>180</sup> que establecen:

- a) *Que la persona autorizada por la ley determine que una persona padece de una enfermedad mental. (El C.C. no establece que intervenga un médico, psicólogo, psiquiatra, trabajador social o cualquier otro profesional y le permite al juez tomar esta decisión).*
- b) *Que producto de la enfermedad mental exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. (No un simple “temor” como lo establece el C.C, expresión que se considera inapropiada).*

---

<sup>178</sup> CDPD, art. 14.1.b)

<sup>179</sup> Información proporcionada por Juan Carlos Panchi Jima, Director Nacional de Discapacidades del Ministerio de Salud Pública.

<sup>180</sup> Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, principio 16.1.a) y principio 11.11.

- c) *Que la institucionalización sea el único mecanismo disponible para impedir el daño. (El C.C. no establece que previamente se deben agotar otras medidas alternativas menos restrictivas).*
- d) *Que la institucionalización sólo sea una medida temporal. (En la práctica algunas personas con discapacidad son condenas a vivir institucionalizados puesto que sus familias los abandonan).*

Además, el C.C. prevé la posibilidad de internar involuntariamente a personas que causen “*peligro o notable incomodidad a otros*”; es decir, la norma autoriza al juez ante el pedido de familiares o vecinos incomodados, a internar a una persona.<sup>181</sup>

Frente a estas situaciones, el Ex Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), Sr. Manfred Nowak, estableció que la institucionalización de las personas con discapacidad y, sobre todo aquella auspiciada por los curadores, puede dar lugar a actos de tortura, en estos términos:

*50. La tortura, por ser la violación más grave del derecho humano a la integridad y la dignidad de la persona, presupone una “situación de impotencia”, en que la víctima está bajo el control absoluto de otra persona. Las personas con discapacidad suelen encontrarse en ese tipo de situaciones, por ejemplo cuando se les priva de su libertad en las cárceles u otros lugares, o cuando están bajo el control de su cuidador o tutor legal. En determinadas circunstancias, la discapacidad particular de una persona puede contribuir a su situación de dependencia y, por tanto, ésta puede ser objeto de abusos más fácilmente. No obstante, suelen ser circunstancias ajenas a la persona las que dan lugar a una situación de “impotencia”, por ejemplo en el caso de leyes o prácticas discriminatorias que priven a una persona de su capacidad jurídica y de adopción de decisiones en favor de otras.*<sup>182</sup>

Como lo establece Manfred Nowak, los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas; por ejemplo, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de la capacidad jurídica o que no aseguren un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de actos de violencia.<sup>183</sup>

En nuestro país ya existe una alerta respecto de la situación de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas. Por eso, el Secretario del Buen Vivir, Freddy Elhers, señaló que se debe trabajar un plan piloto entre su Cartera de Estado,

---

<sup>181</sup> Roxana Amendolaro y Mariano Laufer Cabrera. *Ingreso y permanencia involuntaria de personas con discapacidad en centro de internación. Su viabilidad a la luz de la Convención.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 520

<sup>182</sup> Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), A/63/175, párr.50

<sup>183</sup> Cfr. *Ibíd.* párr.69 in fine

el Ministerio de Inclusión Económica y Social y el Ministerio de Salud Pública para eliminar los hospitales psiquiátricos, como ya lo hizo Argentina.<sup>184</sup>

La institucionalización pone de manifiesto que la voluntad de la persona con discapacidad es anulada, puesto que generalmente las personas con discapacidad son recibidas en las instituciones psiquiátricas como pacientes voluntarios cuando el curador realizó la solicitud de internamiento.

Al respecto, la Corte Europea de derechos humanos ha rechazado la práctica de institucionalización “voluntaria” contra la voluntad del interesado pero con el consentimiento de su tutor; y estableció que la institucionalización contra la voluntad del interesado se equipara a la privación de libertad.<sup>185</sup> Lo mismo es aplicable a la colocación en hogares de atención social sin el consentimiento de los interesados.<sup>186</sup>

En lugar de la institucionalización, es preciso adoptar medidas de apoyo y de cooperación con el objeto de hacer más seguro el entorno<sup>187</sup> y permitir a la persona conservar la posibilidad de vivir en comunidad. Como lo estableció, el Relator del derecho a la salud, la institucionalización no es un mecanismo para curar una discapacidad intelectual o psicosocial y además es inaceptable de acuerdo con el artículo 14 de la CDPD.<sup>188</sup>

Frente a la práctica de la institucionalización, el Estado ecuatoriano debe garantizar, a las personas con discapacidad, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad pues toda decisión de aislarlas o segregarlas, incluido el internamiento involuntario, es discriminatoria y contraria al derecho a integrarse en la comunidad previsto en las normas internacionales.<sup>189</sup>

### **3.3.3.2 Derecho al matrimonio.**

Los artículos 95, 96 y 98 del C.C. establecen que el matrimonio contraído por “dementes” es nulo.

---

<sup>184</sup> Ministerio de Inclusión Económica y Social. Internet: <http://www.inclusion.gob.ec/hablan-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad>. Acceso: (19/02/2015)

<sup>185</sup> TEDH. Shtukaturov vs. Rusia. Petición No. 44009/05. Sentencia de 27 de marzo de 2008. párr. 21 y 125

<sup>186</sup> TEDH. Stanev vs. Bulgaria. Petición 36760/06. Sentencia de 17 de enero de 2012. párr. 121-132.

<sup>187</sup> Tina Minkowitz. *No discriminación, Capacidad Jurídica y Derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio*. Artículo contenido en Franciso Bariffi y Agustina Palacios, Op. Cit. 43. p. 545

<sup>188</sup> Cfr. ONU. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/64/272, del 10 de agosto de 2009, 70A/HCR/10/48, párrs. 48 y 49.

<sup>189</sup> Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. . A/64/272, del 10 de agosto de 2009, 70A/HCR/10/48. párr.54

Al respecto, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que:

*(...) se resalta que “con arreglo a los principios generales del derecho internacional en materia de derechos humanos, [...] las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. A menudo se ignoran o se niegan esos derechos, especialmente en el caso de las personas con discapacidad mental.”<sup>190</sup>*

Una persona con discapacidad intelectual o mental más allá de que se encuentre en estado de interdicción no puede contraer matrimonio válidamente en nuestro país, lo que genera una discriminación directa para este grupo de personas.

La interdicción puede ser un mecanismo utilizado para impedir que una persona con discapacidad pueda tomar decisiones para formar una familia. En este sentido, es preciso traer a colación el siguiente caso austriaco:

Los padres de una chica de 35 años, sordomuda, al decidir ésta ir a vivir al domicilio de los padres de su novio, incoaron un procedimiento para conseguir la incapacitación judicial de su hija. En primera instancia se concluyó que la demandada adolecía de sordera pero nada más, de modo que, acertadamente, rechazó su incapacitación considerándola plenamente capaz. Sin embargo, los padres interpusieron recurso de apelación, el cual fue estimado y consiguieron la incapacitación de la hija.<sup>191</sup>

El ejemplo citado ilustra cómo la sociedad ha infantilizado a las personas con discapacidad, considerando que cualquier decisión que ellas tomen es incorrecta. Pero además, pone de manifiesto que, en algunas circunstancias, la interdicción es simplemente un mecanismo para anular la voluntad de la persona con discapacidad.

En lugar de prohibir o anular el matrimonio en razón de discapacidad, las Normas Uniformes de Naciones Unidas establecen que:

*(...) teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados.”<sup>192</sup>*

Es decir, la solución es crear salvaguardias o garantías respecto al matrimonio de las personas con discapacidad pero de ninguna manera prohibir tal derecho; por lo

---

<sup>190</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 5, Personas con Discapacidad*. párr. 30.

<sup>191</sup> Inmaculada Vivas Tesón. Internet: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2010-7-2170&dsID=Documento.pdf>. Acceso (26/11/2014)

<sup>192</sup> Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Artículo 9.2

tanto, se considera que las normas del C.C. que anulan el matrimonio de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial constituyen una discriminación.

### **3.3.3.3 Declaración de paternidad y patria potestad.**

El artículo 256 del C.C establece que la madre, del hijo no reconocido, que se encuentre en estado de interdicción o que sea una persona “demente” no podrá iniciar el proceso de declaración judicial de paternidad. Y además, establece que en caso de que el hijo sea “demente” no se requerirá su consentimiento para iniciar dicha acción.

Este artículo discrimina y vulnera derechos de madres e hijos con discapacidad, pues en ambos casos, por su condición se anulan derecho a iniciar una acción e incluso participar durante el proceso.

Sobre este tipo de legislaciones, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de derechos Humanos; por ejemplo, en el caso *X vs Croacia*, el Tribunal descartó la exclusión automática de las personas incapacitadas de los procedimientos referentes a sus hijos y estableció que los padres y madres que han sido privados de capacidad jurídica, también deberían tener la oportunidad de ser escuchados en dichos procedimientos y poder expresar sus opiniones.<sup>193</sup>

Asimismo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que la patria potestad se suspende y se pierde por la *declaratoria judicial de interdicción del progenitor*.<sup>194</sup> Este tipo de legislación constituye discriminación para las personas con discapacidad, pues perder la patria potestad de un hijo significa que el padre, la madre o ambos dejen de tener el derecho de cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de sus hijos, lo que constituye discriminación, pues se sustenta en la condición de discapacidad de una persona.

Para ejemplificar cómo la interdicción puede afectar a los derechos personalísimos, se trae a colación un caso europeo: En el caso *Nataliya Mikhaylenko vs. Ucrania*,<sup>195</sup> el TEDH determinó que a la víctima se le nombró una curadora (a través de un proceso en el que ella no pudo participar), se le separó de su niña por considerar que no tenía la capacidad para cuidarla y como consecuencia de la interdicción se extinguió la patria potestad sobre su hija, la misma que luego fue dada en adopción. Además, fue forzada a vivir con su curadora, una de sus hermanas que,

---

<sup>193</sup> TEDH. Caso X contra Croacia. Petición No. 11223/04, Sentencia de 17 de julio de 2008, párrafo 53.

<sup>194</sup> Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 112.3 y 113.4

<sup>195</sup> TEDH. Caso Mikhaylenko Vs. Ucrania. Petición No. 49069/11. Sentencia del 30 de mayo de 2013, párr. 27 – 40.

a decir de la señora Mikhaylenko, abusaba físicamente de ella. Frente a esta situación, la víctima interpuso una denuncia, la misma que no se admitió por carecer de la capacidad jurídica.

El caso de Nataliya Mikhaylenko es paradigmático, porque refleja cómo la falta de capacidad jurídica afecta el ejercicio de otros derechos fundamentales como vida privada y familiar, e integridad. Situación que podría ser similar para algunas personas con discapacidad en el Ecuador.

### 3.3.4 Imposibilidad de acceder a la justicia.

*“Una incapacidad innecesaria es el camino hacia una incapacidad definitiva”.*  
Alfred Kraut

Del análisis de la restricción para ejercer los derechos patrimoniales y personalísimos, se puede concluir que la interdicción y curaduría determinan la imposibilidad de ejercer, por sí mismo, derechos de los que toda persona es titular.

Como lo expresó el Comisionado de Derechos Humanos para Europa, las personas con discapacidad son condenadas a *la muerte civil*,<sup>196</sup> puesto que la capacidad jurídica es condición *sine qua non* para el ejercicio de todos los derechos. Producto de esta muerte civil, las personas con discapacidad interdictas no pueden apelar dicha condición.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, cuyo contenido tiene una doble vertiente. Además de ser un derecho autónomo, es un derecho instrumental para hacer efectivos los demás derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad interdictas, el art. 33 del Código de Procedimiento Civil establece:

*No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados: 1. El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal;*

En efecto, figuras como la interdicción limitan el acceso a la justicia de estas personas en nombre propio. Para abordar este tema, se solicitó al Consejo de la Judicatura, dé respuesta a las siguientes inquietudes:

---

<sup>196</sup> Europe Commissioner for Human Rights. Op. Cit. 56. p. 9. Internet: [www.cermiasturias.org/archivos/102\\_348585011.pdf](http://www.cermiasturias.org/archivos/102_348585011.pdf). Acceso: (12/03/2014)

1. ¿Cuántos juicios de interdicción se han presentado desde el año 2008 hasta el año 2013 en razón de discapacidad intelectual y mental?
2. En primera instancia, ¿cuántos juicios tuvieron una sentencia declarativa de estado de interdicción y curaduría?
  - 2.1 De estos juicios, ¿cuántos fueron apelados a la segunda instancia?
  - 2.2 En segunda instancia, ¿cuántos juicios reafirmaron y cuántos juicios revocaron la sentencia de primera instancia respecto a la interdicción y curaduría?
3. En primera instancia, ¿cuántos juicios NO tuvieron sentencia declarativa de estado de interdicción y curaduría?

Sobre estas preguntas, el Consejo de la Judicatura manifestó que *“La desegregación que se solicita no es posible entregar por cuanto el sistema que se maneja no permite determinar en qué juicios se otorgaron o se declararon la interdicción con la respectiva curaduría”*<sup>197</sup> y adjunta la siguiente tabla:

Causas Ingresadas, Resueltas y en trámite de Juicios de Interdicción/Curaduría

INSTANCIA	ESTADO	2008	2009	2010	2011	2012	2013
<b>Primera Instancia</b>	Ingresadas	1.946	2.493	3.068	3.246	3.628	15.444
	Resueltas	881	1.202	1.622	2.251	2.329	6.858
	En trámite	1.065	2.356	3.802	4.797	6.096	14.682
<b>Segunda Instancia</b>	Ingresadas	11	13	16	18	22	31
	Resueltas	4	7	16	9	22	20
	En trámite	7	13	13	22	22	33

Fuente: Consejo de la Judicatura, Oficios: CJ-DNP-2014-16 y CJ-DNP-2014-22

Del análisis de los datos presentados, se puede evidenciar que existe una tendencia creciente respecto de los procesos de interdicción y tutela, dado que en 2008 se iniciaron 1.946 procesos de interdicción y en 2013 fueron 15.444; es decir que un periodo de 6 años los procesos de interdicción se octuplicaron.

Sin embargo, lo realmente preocupante de la situación es que son escasos los procesos que son sometidos a revisión; en el año 2008 de 881 causas de interdicción resueltas apenas fueron objeto de apelación 11 y para el año 2013 de 6858 causas apenas fueron apeladas 31.

<sup>197</sup> Consejo de la Judicatura. OFICIO-CJ-DNP-2014-22

La Corte Europea ya se ha pronunciado sobre este asunto, estableciendo que se han identificado violaciones en los sistemas en que las personas bajo curaduría no pueden impugnar la incapacitación por sí mismas, por el mero hecho de estar bajo curaduría.<sup>198</sup>

La ausencia de algunas de las variables solicitadas al Consejo de la Judicatura como “en cuántos juicios se declara y en cuántos juicios no se declara la interdicción de una persona”, no permite analizar dentro de este trabajo de disertación cuál es la probabilidad que existe de que una persona con discapacidad intelectual y psicosocial sea declarada interdicta; sin embargo, este tipo de respuestas pone de manifiesto la invisibilización de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial dentro del Estado.

Por otra parte, la negativa de acceder a la justicia no sólo se deriva de la imposibilidad de interponer una acción, sino que además el art. 210 de Código de Procedimiento Civil señala: *Por falta de conocimiento no pueden ser testigos idóneos los locos, los toxicómanos y otras personas que, por cualquier motivo, se hallen privadas de juicio.*

La norma citada contraviene las obligaciones internacionales del Estado pues el art. 13 de la CDPD establece que:

*Los Estados partes aseguraran que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia (...) como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales (...)*

Sin embargo, el CC impide que las personas con discapacidad mental e intelectual participen como testigos, lo que tiene relación directa con la percepción de que estas personas no tienen discernimiento.

En esta misma línea, la Corte Interamericana en el caso Furlan y familiares Vs. Argentina,<sup>199</sup> destacó el importante rol del acceso a la justicia en lo que concierne a personas con discapacidad y estableció que el Estado debe eliminar las barreras de todo tipo que deben enfrentar las personas con discapacidad para ejercer sus derechos y luchar contra la discriminación.

Una correcta aplicación del art. 12 de la CDPD implica una directa conexión con el acceso a la justicia (art. 13 de la CDPD), pues se debe considerar por esencia la

---

<sup>198</sup> TEDH. Caso Shtukaturov vs. Russia. Aplicación N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008. párr. 90-91 y Caso Salontaji - Drobnjak vs Serbia, Aplicación No. 36500/05, Sentencia de 13 de octubre de 2009. párr. 134-135.

<sup>199</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Op. Cit. 61, párr. 135-137.

capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la manifestación de su voluntad, ante los tribunales de justicia e instancias colaterales como los procedimientos policiales, aplicando los respectivos sistemas de apoyo y salvaguardias.<sup>200</sup>

A manera de conclusión se establece que anular la capacidad jurídica es en sí la fuente generadora de otras violaciones; por lo tanto, la interdicción crea un contexto que dificulta a las personas con discapacidad acceder a la justicia por sí mismas, especialmente, en contra de sus propios tutores.<sup>201</sup>

### **3.4 ¿La interdicción y la curaduría son mecanismos de protección?.**

*Si uno pudiera derramar “ácido cínico” sobre el texto para ver lo esencial –como hubiese aconsejado Oliver Wendell Holmes-, entonces hay realmente un profundo mensaje en la Convención: Es que las personas con discapacidad no son “objetos” para administrar o cuidar, sino “sujetos” humanos que disfrutan de derechos humanos sobre la base de igualdad con otros.*

Gerard Quinn<sup>202</sup>

Luego del análisis realizado es necesario responder si ¿la interdicción y la curaduría son mecanismos de protección de las personas con discapacidad?.

La respuesta más objetiva es considerar que la interdicción y la curaduría son de las instituciones jurídicas más antiguas y nacen como mecanismos de protección; sin embargo, si se las evalúa con los ojos del presente y, a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos, éstas instituciones ya no son las más idóneas para proteger a las personas con discapacidad.

Inicialmente se las creó para la “protección” de la dignidad de las personas con discapacidad. Sin embargo en palabras de Rafael de Asís:

*La idea de dignidad humana al mismo tiempo que ha servido para proteger la integridad física de la mayoría de las personas también ha tenido como consecuencia la estigmatización de algunos colectivos.<sup>203</sup>*

---

<sup>200</sup> María Soledad Cisternas. Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculo con el artículo 13 en impacto en el derecho interno. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 25

<sup>201</sup> TEDH. Caso Shtukaturov vs. Russia. Aplicación N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008. párr. 93

<sup>202</sup> Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 84

Por ejemplo, el 481 del C.C., referente a quienes pueden solicitar la interdicción, establece: “... *si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también provocar tal interdicción cualesquiera autoridad o persona del cantón.*”

De lo establecido en el artículo, se infiere que, la interdicción puede ser utilizada como un instrumento para apartar a la persona enferma, dada su “peligrosidad social”, de la sociedad “sana” (paradigma médico rehabilitador), pero no para proteger a la persona en sí misma, cerrándosele toda posibilidad de desarrollo personal y su vida en sociedad. Se protege más a los familiares y a terceros que a la propia persona realmente necesitada de protección, que resulta limitada o, incluso, anulada, perdiendo sus derechos.<sup>204</sup>

Asimismo, históricamente se ha justificado la interdicción y la curaduría como herramientas que buscan impedir que en un estado de enajenación así sea transitoria, estas personas dispongan de sus bienes por medio de actos jurídicos en los que su manifestación de voluntad se ve afectada en razón de la discapacidad.

Al respecto, el sistema de sustitución en la toma de decisiones, se basa en una ideología más propia del capitalismo en la que, el foco de la protección, se centra en los aspectos patrimoniales y no en los aspectos personales de la persona. La interdicción y la curaduría están subordinadas a las exigencias del tráfico jurídico-económico, en el que la protección de la sociedad ocupa una posición central, no así la persona con discapacidad y sus derechos fundamentales, quien no resulta realmente tutelada.

En este punto, es importante traer nuevamente a colación el juicio No. 17203-2013-6291, analizado *up supra* en el que se estableció como interdicto al Sr. Vicente Raúl Antonio Gallegos Vela, pues a foja 62, el hijo Nicolás Alejandro Gallegos Santos señala:

*(...) mi tía, no ha ejercido serio y responsablemente el cargo de curadora (...)*

*Yo, que viví en la habitación con mi padre por más de un año y medio, doy fiel testimonio de que él no está bien cuidado por parte de mi tía; ya que durante el tiempo de convivencia pude constatar que nos hacía falta lo básico como implementos de*

---

<sup>203</sup> Rafael de Asís. *Sobre la Capacidad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 15

<sup>204</sup> Inmaculada Vivas Tesón. *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*. Observatorio estatal de la discapacidad, 2012. p. 29

*primera necesidad. (...) Los tres hijos, con nuestro propio salario atendíamos las necesidades básicas de mi padre.*

*Mi tía no está administrando como se debe la pensión jubilar por incapacidad que mi padre recibe del IESS (...)*

El caso citado, nos permite entender que la interdicción puede devenir en actos que afectan a las personas con discapacidad y por lo tanto, no se debe entender que ellas requieran de otra persona que la reemplace y sustituya en todas las decisiones que atraviesa la capacidad jurídica, pues esto produce una naturalización de la dependencia, que en el afán de proteger inhibe las capacidades presentes o potenciales de las personas, creando nuevos obstáculos para el desarrollo de habilidades.<sup>205</sup>

El equilibrio entre autonomía y protección no está presente en el Código Civil en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Un exceso de paternalismo y una actitud excesivamente protectora ha llevado a ir en contra de la autonomía de las personas con discapacidad.

### **3.5 La interdicción y curaduría como figuras incompatibles con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.**

*Son sujetos de derecho "todas las criaturas humanas", como miembros de la "sociedad universal", siendo "inconcebible" que el Estado venga a negarles esta condición.*

René Cassin<sup>206</sup>

Como es palpable en los textos aludidos del Código Civil, el enfoque que impera en Ecuador, relacionado con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es el médico rehabilitador fundamentado en estereotipos sociales y en un esquema binario de sujeto normal/anormal, capaz/incapaz, que es inadecuado para permitir la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

Para determinar la incompatibilidad de una figura jurídica, el derecho internacional de derechos humanos se basa en parámetros objetivos; específicamente, para la denegación del ejercicio de un derecho, la Corte

---

<sup>205</sup> Ministerio de Salud de Argentina. Capacidad jurídica: el derecho a ejercer derechos. Buenos Aires. Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. 2012. p.2

<sup>206</sup> René Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950. p. 81.

Interamericana de Derechos Humanos<sup>207</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>208</sup> y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas,<sup>209</sup> han recurrido a un test que señala que la restricción de cualquier derecho humano básico “*debe ser impuesta en miras de un fin legítimo, la medida debe ser idónea, necesaria, y estrictamente proporcional*”.<sup>210</sup>

A la luz de este estándar se procede a determinar la incompatibilidad de la interdicción y curaduría con la capacidad jurídica.

### **Fin legítimo**

Probablemente, se pueda sostener que el fin de la declaración de incapacidad es la de “proteger” al incapaz, y consecuentemente que es “legítimo”. No obstante, esta noción de “protección” ha servido para un paternalismo excesivo que en realidad genera una situación de dominación y exclusión de las personas con discapacidad.

Se considera que la interdicción no protege los derechos de las personas con discapacidad porque en la práctica lo que hace es anular el ejercicio de los mismos, lo que conlleva una situación de mayor vulnerabilidad para estas personas, quienes quedan sometidas a la voluntad del curador. Además, el discurso de “protección estatal” ha servido a lo largo de la historia para disimular grandes atropellos a los derechos humanos: por ejemplo, las leyes y políticas vigentes en países islámicos fundamentan la restricción de derechos de la mujer en un supuesto objetivo de “protección”.

Teniendo presente que el derecho restringido es la capacidad jurídica, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el verdadero fin legítimo es permitir que dicho derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares.<sup>211</sup> Por lo tanto, la interdicción no cumple con dicho fin legítimo pues tiene el efecto contrario: impedir que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos libre y personalmente.

### **Idoneidad de la medida**

---

<sup>207</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Serie A No. 18. párr. 61.

<sup>208</sup> TEDH. Caso Alajos Koss vs Hungría. Aplicación No. 38832/06, Sentencia de 20 de agosto de 2010, párr. 10-13

<sup>209</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

<sup>210</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 55

<sup>211</sup> Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 101

Una medida es idónea cuando permite alcanzar el fin legítimo.<sup>212</sup> Teniendo presente que el fin legítimo propuesto es la posibilidad de ejercer libre y plenamente los derechos; la interdicción es una medida no idónea pues no cumple con los principios de autonomía e independencia que rigen la discapacidad, ya que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad por la del curador, por lo tanto la voluntad del interdicto no se considera como el centro de las decisiones que se toman respecto de su vida.

En este sentido, la interdicción deviene en una medida no idónea, ya que la capacidad de ejercer derechos de la persona con discapacidad es desplazada a un tercero que pasa a tomar todas las decisiones posibles sobre la persona y su patrimonio del modo que considere más adecuado y sin la obligación de consultarle.

### **Necesidad de la medida**

Una medida es necesaria cuando es absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y no existe una *medida* menos gravosa respecto al derecho intervenido.<sup>213</sup> Lamentablemente el ordenamiento jurídico ecuatoriano provee como única medida para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad la interdicción y curaduría, por lo tanto se requiere una adecuación normativa.

No obstante, existen medidas menos gravosas y esas medidas que no han sido tomadas por el Estado ecuatoriano son precisamente los *mecanismos de apoyos en la toma de decisiones*. Mecanismos que, a diferencia de la interdicción y la curaduría, no anulan la voluntad de la persona con discapacidad, puesto que es ella misma la que toma decisiones con la ayuda de un tercero.

En este sentido, dado que el Estado no ha adoptado medidas menos gravosas la interdicción no es una medida necesaria.

### **Estrictamente proporcional**

Una medida es proporcional cuando la restricción del derecho interfiere en la menor medida posible en el ejercicio del derecho restringido.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166

<sup>213</sup> *Ibíd.* párr. 166

<sup>214</sup> *Ibíd.* párr. 166

La figura de la interdicción y curaduría es desproporcional al respeto de derechos humanos, pues bajo este estado no se puede tomar decisiones jurídicas válidas y ejercer la autonomía personal. No existe efecto más grave para una persona que la denegación de la “capacidad” de decidir por dos motivos:

En primer lugar, porque la capacidad de decidir es la puerta de acceso a todo el catálogo de derechos, sin la cual, éstos se convierten en meras proclamas retóricas y vacías de contenido real.

En segundo lugar, puesto que la idea de capacidad de decidir es uno de los principales referentes que se utiliza a la hora de definir a los seres humanos; en este sentido, dado que la interdicción y curaduría privan a la persona con discapacidad de su derecho a decidir, las personas con discapacidad dejan de ser visto como sujetos de derechos para convertirse en objetos legales.

A la luz de este test, la interdicción y curaduría constituyen una violación al respeto y garantía de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, además de ser el contexto en que se han producido severas violaciones a sus derechos, en vez de lograr el propósito fundamental de protección para el cual fueron creadas.

### **3.6 Obligaciones constitucionales e internacionales del Estado ecuatoriano de adecuar el ordenamiento jurídico interno.**

#### **3.6.1 Obligaciones constitucionales.**

El preámbulo constitucional señala:

*Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador (...). Decidimos construir: Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades (...)*

A la luz de este texto, las personas con discapacidad merecen el respeto de su dignidad. El contenido de dignidad, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana,<sup>215</sup> y ha señalado que la misma posee tres ámbitos de protección: 1) la autonomía y posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera); 2) el disfrute de ciertas condiciones materiales de vida (vivir bien); y, 3) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-881/02. Principio de Dignidad Humana. Sentencia e 17 de octubre de 2002 F.J. No. 10

<sup>216</sup> *Ibíd.*

Establecido así el contenido de la dignidad, se considera que la interdicción y curaduría contravienen la misma, puesto que anula la autonomía de la persona con discapacidad y en consecuencia no le permite vivir como quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones, ya que son consideradas como objetos sobre los cuales un tercero puede tomar decisiones.

Otra obligación constitucional es la igualdad y no discriminación,<sup>217</sup> en este sentido, el modelo de estado constitucional de derechos y justicia<sup>218</sup> consagrado en la Constitución, obliga jurídicamente al Ecuador a garantizar que todas las personas gocen en igualdad de condiciones de todos los derechos declarados y de todas las libertades reconocidas y no sufran un trato discriminatorio injustificado por motivo de discapacidad.<sup>219</sup>

El texto constitucional señala:

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios*

*2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género,....discapacidad,....; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

La Constitución establece una prohibición de legislar contenido discriminatorio para las personas con discapacidad; en este sentido, la interdicción y curaduría a pesar de no tener una intención discriminatoria, sí tienen por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Por lo tanto, el Estado debe reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a partir del principio de igualdad y no discriminación.

Para determinar si la interdicción y curaduría constituyen discriminación, se utilizará el “test de estricto escrutinio”, ya que el mismo tiene lugar cuando se realiza una diferenciación fundada en una “cláusula sospechosa de discriminación”<sup>220</sup> como la

---

<sup>217</sup> Constitución del Ecuador, 2008, art. 3.- *Son deberes primordiales del Estado:*

*1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.*

<sup>218</sup> Constitución del Ecuador, 2008, art. 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.*

<sup>219</sup> Constitución del Ecuador, art. 11.2, 47, 48.7 y 341.

<sup>220</sup> NB. Son criterios sospechosos de discriminación aquellos que aparecen en las cláusulas de igualdad establecidos en la Constitución

discapacidad. En consecuencia, se analizará la objetividad, el fin legítimo y constitucionalmente imperioso, y la razonabilidad de la medida.

### **Objetividad**

La Corte IDH en el caso Atala Rifo y Niñas Vs Chile, estableció que son prohibidas las restricciones en el ejercicio de un derecho basadas en condiciones inherentes a la persona. Se considera que son condiciones inherentes aquellas que no dependen de la simple voluntad como la raza, la orientación sexual etc.

Desde el paradigma de los derechos humanos, las deficiencias como elemento constitutivo de la discapacidad es una condición inherente a las personas, puesto que todos en alguna medida tenemos limitaciones.

Tal como lo establece el art. 3 literal d) de la CDPD y el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad,<sup>221</sup> la discapacidad es un rasgo personal y parte de la condición humana que no puede ser modificable, simplemente, por la voluntad de la persona. Por lo tanto, la discapacidad no es una condición objetiva para restringir la capacidad jurídica.

### **Fin legítimo y constitucionalmente imperioso**

La interdicción está orientada a regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a “proteger a la persona y su patrimonio”. En abstracto podría sostenerse como acertado que un Estado genere medidas legislativas para regular (lo que no implica restringir o anular) el goce de un derecho y proteger a una persona y su patrimonio.

No obstante, la Corte IDH en el caso Atala Rifo y niñas vs Chile, ha señalado que a pesar de que existan, aparentemente fines legítimos, si son meramente especulativos no son válidos. En el presente caso, el Estado regula la capacidad jurídica pero sustituyéndola, es decir, especulando que las personas con discapacidad no pueden asumir decisiones por sí mismos. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de las personas con discapacidad.

El test de estricto escrutinio se caracteriza porque el fin debe estar establecido constitucionalmente, es este sentido, la Constitución en el art. 48 establece:

*El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:*

---

<sup>221</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. Párr. 28

5. *El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia.*

Si bien el art. 48 de la Constitución se refiere a las políticas públicas en favor de las personas con discapacidad, se considera que este fin puede ser aplicado a la interdicción y curaduría. En consecuencia, estas instituciones no cumplen con el fin establecido, pues como se lo ha sostenido a lo largo de la disertación no fomentan la autonomía e independencia de las personas con discapacidad, sino que por el contrario las hace dependientes de su tutor. Bajo estas consideraciones la interdicción y curaduría no persiguen un fin legítimo y menos aún cumplen con el mandato constitucional.

### **Razonabilidad**

La Corte IDH en su Opinión Consultiva No. 4 estableció que una medida es razonable cuando expresa, de modo proporcionado, una conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma y se realiza con el debido respeto al ejercicio de los demás derechos.<sup>222</sup>

Bajo este estándar, la interdicción deviene en irrazonable, puesto que anula la capacidad jurídica que es el prerrequisito para el ejercicio de los demás derechos; en este sentido, esta restricción no se realiza con el respeto al ejercicio de los demás derechos de las personas con discapacidad, porque como se lo ha establecido previamente afecta a los derechos patrimoniales y personalísimos. Entonces, resulta irrazonable que para proteger el ejercicio de los derechos de una persona, en realidad se utilice una medida que los anule.

A la luz del “test de estricto escrutinio” la interdicción y curaduría constituyen una discriminación directa para las personas con discapacidad, frente a lo que el Estado ecuatoriano debe tomar algunas acciones:

El primer paso para eliminar la discriminación es abolir las normas y prácticas excluyentes en función de la discapacidad. En segundo lugar, generar normas y políticas públicas para el logro de la igualdad formal y material.<sup>223</sup> El tercer lugar, dado

---

<sup>222</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Serie A No. 4, párr. 57

<sup>223</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 83

que se trata de una discriminación estructural, el art. 341 de la Constitución<sup>224</sup> establece la obligación de desarrollar acciones afirmativas para permitir la inclusión de las personas con discapacidad.

Por otra parte, la Constitución ecuatoriana en su Capítulo Sexto, detalla los derechos a la libertad, dentro de éstos se encuentran el derecho a una vida digna: **Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna (...)**

Constitucionalmente el derecho a la vida digna alude directamente a la creación de condiciones para satisfacer las necesidades materiales, psicológicas, sociales y ecológicas de las personas.<sup>225</sup> La interdicción y curaduría no permiten generar una vida digna porque impide a las personas con discapacidad tomar decisiones sobre su vida e impide el fortalecimiento de sus capacidades y potencialidades. En consecuencia, terceros construyen un entorno material y social que no corresponde a sus deseos y voluntad y no se puede considerar a esto como una vida digna.

En el mismo sentido, el art. 66.5 de la Constitución reconoce: *el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.*

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido definido como el derecho a la libertad general de actuación humana en el más amplio sentido;<sup>226</sup> y, es que este derecho es "(...) *la libertad de hacer y omitir lo que se quiera.*"<sup>227</sup>

En palabras de Robert Alexy, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica el derecho a que nadie (ni el Estado ni los particulares) impidan las acciones y omisiones del titular del derecho fundamental.<sup>228</sup> La interdicción y curaduría violan el derecho al desarrollo de la libre personalidad, ya que las personas con discapacidad se transforman en seres incapaces de tomar decisiones con validez jurídica.

---

<sup>224</sup> Constitución del Ecuador, 2008, art. 341.- *El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.*

<sup>225</sup> Constitución del Ecuador, 2008, art. 66.2.- *El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.*

<sup>226</sup> Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 299 y 301

<sup>227</sup> *Ibíd.* p. 301.

<sup>228</sup> *Ibíd.* p. 301

### 3.6.2 Obligaciones internacionales.

Ecuador ratificó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2008: por lo tanto, el Estado asumió varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Como lo ha establecido el “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad”,<sup>229</sup> podría decirse que, a fin de cumplir con su compromiso general de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, los Estados Parte asumen tres tipos de obligaciones:

En primer lugar, obligaciones de respeto por las cuales los Estados Partes deben abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención.<sup>230</sup>

En segundo lugar, obligaciones de garantía. Muchas de las obligaciones específicas de los Estados entran en esta categoría; por ejemplo, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, de políticas o programas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.<sup>231</sup>

Finalmente, obligaciones de protección a través de las cuales los Estados Partes deben tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada incumpla las obligaciones internacionales y viole derechos.<sup>232</sup>

En lo que corresponde a la obligación de respeto, la CDPD en el art. 4.1.d) establece como obligación de los Estados:

*Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.*

Los procesos de interdicción ecuatoriano analizados en el punto 3.2 de la presente disertación, se fundaron únicamente en el C.C, ignorando que rige en el

---

<sup>229</sup> ONU, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas. Op. Cit. 73

<sup>230</sup> Santiago Martín. *La Protección en el Sistema Interamericano a las personas con discapacidad Igualdad No discriminación y Discapacidad*. Buenos Aires. Ediar, 2006. p. 141

<sup>231</sup> Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, Op. Cit. 73. pp. 10 y 11.

<sup>232</sup> NB. Este punto es de vital importancia, dado que, si bien las obligaciones en virtud de la Convención corresponden a los Estados Partes, el sector privado tiene un importante papel que desempeñar en la lucha contra la discriminación y en el ofrecimiento de oportunidades a las personas con discapacidad.

Estado la CDPD y, con ello, el deber de respeto cuando se ratifica un tratado de derechos humanos, que corresponde a todos los servidores públicos del Estado.

Respecto de la obligación de garantía, el Estado ecuatoriano debe eliminar la normativa que anula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y generar normativa que permita el ejercicio de dicho derecho. Así fue establecido en el art. 4.1.a) de la CDPD, que establece la obligación de los Estados a:

*Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;*

Así mismo, el art. 4.1.b) establece que los Estados deben:

*Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*

No obstante, el Estado ecuatoriano no ha derogado la interacción y curaduría para las personas con discapacidad de su ordenamiento jurídico, instituciones que están en contradicción con la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad establecida en el art. 12 de la CDPD.

El Estado ecuatoriano en el “Diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, presentado por el Comité Interamericano para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las personas con discapacidad, establece que el art. 12 de la CDPD, no manda a eliminar la figura de la interdicción o curatela, y que se la mantendrá para casos muy puntuales.<sup>233</sup>

Así mismo, el Estado ecuatoriano en el informe presentado al Comité CDPD en junio de 2013 señala:

*116. En la legislación ecuatoriana no se restringe la plena capacidad jurídica por razones de discapacidad El artículo 48(5) de la Constitución impone la obligación del Estado de diseñar e implementar “programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia; con ello inclusive se está demostrando que existe plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, salvo las que tengan restricciones logradas judicialmente como es el caso de las interdicciones, que su procedimiento para declararla se encuentra en el Código Civil.”<sup>234</sup>*

---

<sup>233</sup> CEDDIS, Diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, DOC.1(III-E/13, octubre de 2013. p. 36

<sup>234</sup> Informe del Estado ecuatoriano sobre la implementación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 5 de junio de 2013. párr. 116

En referencia a lo sostenido por el Estado ecuatoriano, se puede establecer que no se ha comprendido la obligación del art. 12 de la CDPD que establece el respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Si bien el art. 12 referido no señala expresamente que los Estados deberán eliminar la interdicción y curaduría, no obstante dicha obligación ha sido aclarada por el Comité CDPD, en su Observación General No. 1.

Esta obligación también ha sido afirmada en el “Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos para mejorar el conocimiento y comprensión de la Convención”, donde se afirma que:

*Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica, entre en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del art. 12.*<sup>235</sup>

Asimismo, en el marco del sistema interamericano el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, menciona que:

*La mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región, mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de las personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el artículo 12 de la Convención de la ONU por mandato del artículo 4.1 inciso a) y b) de dicha Convención.*<sup>236</sup>

La obligación de garantía es de esencial importancia para el cumplimiento del art. 12 de la CDPD, puesto que dicho artículo consagra una obligación positiva en virtud de la cual los Estados deben establecer medidas para garantizar la eliminación de las barreras al ejercicio de la capacidad jurídica y la existencia de los apoyos necesarios a fin de que las personas con discapacidad ejerzan plenamente esta capacidad.

El artículo 12.2 impone a los Estados el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad. ¿Qué significa esto? Pues que las instituciones jurídicas de la interdicción y curaduría deben ser derogadas.

El art. 12. 3 de la CDPD establece una obligación específica cuando señala que:

---

<sup>235</sup> ONU, Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Op. Cit. 140. párr. 45

<sup>236</sup> Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 132. p. 6

*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

Para que el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica no sea meramente formal sino real, o para que dicho reconocimiento no sitúe a la persona en una situación de mayor vulneración de derechos, es preciso que el Estado asegure la provisión de los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica.

Los apoyos previstos en el art. 12.3 están probablemente sujetos a una “realización progresiva”, pues se encuentra enmarcado dentro de un derecho social, como una “medida” que los Estados implementarán.<sup>237</sup> Sin embargo, los Estados deben garantizar estas medidas de apoyo en el menor tiempo posible porque de éstas depende el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica, que es un derecho indispensable.

La obligación de garantizar la capacidad jurídica de las personas y los ajustes razonables deben leerse en armonía con la obligación de implementar en el proceso de reforma legal, instancias de participación directa; es decir, que el proceso de reforma deben participar estrechamente las personas con discapacidad.<sup>238</sup>

En lo que corresponde a la obligación de proteger, el art. 4.1.e) establece que los Estados deben: *Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.*

El Estado debe velar porque las personas con discapacidad no sean discriminadas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así también, debe proteger a las personas con discapacidad de todas las formas de discriminación, incluso de la denegación de “ajustes razonables” en el ejercicio de la capacidad jurídica.<sup>239</sup> Entendidos estos, como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos, teniendo en consideración las necesidades particulares de cada individuo.

---

<sup>237</sup> Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 102

<sup>238</sup> CDPD, art. 4.3 En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

<sup>239</sup> CDPD, art. 5.3 A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Por lo tanto, se concluye en primer término que, debido al momento histórico que se vive, donde por primera vez en una proclama internacional se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el Estado ecuatoriano no puede permanecer ajeno a este nuevo paradigma; pues se obligó a respetarlo, garantizarlo y protegerlo, por medio de la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así que para cumplir con lo demandado por el artículo 12, el Ecuador debe, lo antes posible, reemplazar el antiguo sistema de anulación de la voluntad de las personas con discapacidad, por el novedoso sistema de apoyo en la toma de decisiones; el cual es un cambio complejo pero necesario, que conlleva por parte del Estado la inversión de tiempo y recursos.

A la luz de las obligaciones constitucionales e internacionales, el Estado ecuatoriano debe actuar de inmediato para:

1. *Reconocer el igual derecho de todas las personas al goce y ejercicio de la capacidad jurídica, sin discriminación en razón de su discapacidad;*
2. *Establecer una base legislativa, política y financiera para:*
  - i. *Brindar apoyo para la toma de decisiones a la personas con discapacidad*
  - ii. *Hacer cumplir esta obligación a los sectores público y privado;*
3. *Abolir:*
  - i. *la declaración de incapacidad legal, la curaduría y la interdicción,*<sup>240</sup>

---

<sup>240</sup> Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Internet: <http://www.reddi.org.ar/docs/Principios%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20del%20art%C3%ADculo%2012%20de%20la%20CDPD.pdf>. Acceso (26/11/2014)

## **CAPÍTULO IV: PROPUESTA: IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS COMO RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL.**

Desde la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, los sistemas restrictivos de la capacidad no respetan el principio de absoluta igualdad ante la ley, establecido en el art.12 de la CDPD. En Ecuador es necesario construir un nuevo sistema jurídico, cuya clave sea el establecimiento de apoyos de todo tipo para que las personas con discapacidad tomen sus decisiones.

En este capítulo se presentan los ejes que deben regir el sistema de apoyo en la toma de decisiones que han sido planteados por la doctrina y, para efectos de la presente disertación, se han ajustado a la realidad nacional.

### **4.1 La accesibilidad universal y los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aproximación al sistema de apoyos y salvaguardias.**

*Una comunicación exitosa es responsabilidad compartida y no un problema asociado a una persona con discapacidad.*

La CDPD extendió la estrategia utilizada para la discapacidad física sobre la aplicación del principio de la accesibilidad universal y de ajustes razonables, al campo de la discapacidad intelectual y psicosocial.

La accesibilidad universal surge en el ámbito de la discapacidad física con el ideal de diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todas las personas.<sup>241</sup> Sin embargo, como esto no es posible, surge el concepto de ajustes razonables, entendidos como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás,<sup>242</sup> de

---

<sup>241</sup> Rafael de Asís. *Sobre la Capacidad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 26

<sup>242</sup> María Soledad Cisternas. *Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculo con el artículo 13 en impacto en el derecho interno*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 250

todos los derechos, teniendo en consideración las necesidades particulares de cada individuo.

#### **4.1.1 La accesibilidad universal y los ajustes razonables aplicados a la capacidad jurídica.**

Para el paradigma social y de derechos humanos la accesibilidad universal a la capacidad jurídica toma gran importancia, puesto que son las barreras comunicacionales las que juegan un papel determinante en la discapacidad. Dado que la comunicación es una función de doble vía, en la que intervienen el emisor y el receptor, no es suficiente con valorar las capacidades y/o limitaciones de la persona con discapacidad, también hay que reflexionar sobre las capacidades y actitudes de comunicación de quienes actúan como interlocutores y sobre la necesidad de desarrollar nuevos estilos, formas y habilidades de interacción.

Para explicarlo de mejor manera se trae nuevamente a colación el ejemplo propuesto en el punto 1.3.1 “Paradigma social”, de la presente disertación:

*(...), si se proporciona información, en un formato fácil de leer, a un ciudadano con síndrome de Down que considera la posibilidad de solicitar un determinado servicio, y se le presta apoyo adecuado y oportuno para que sopesa las opciones disponibles, tal vez pueda comprender de qué se trata el servicio y decidir utilizarlo, o no. En este tipo de situaciones no se plantea una discapacidad. Sin embargo, si la información sólo se proporciona utilizando un lenguaje corriente (e inaccesible para el interesado) y nadie se ofrece a explicársela de un modo que le resulte fácil de comprender, la discapacidad se convierte en un hecho.<sup>243</sup>*

Con este ejemplo se ilustra que la comunicación se debe realizar en formato accesible y/o en un lenguaje sencillo para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. De este modo, se permite el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y se rompen estereotipos y barreras actitudinales.<sup>244</sup>

Para garantizar la accesibilidad la CDPD establece que, por lenguaje se entiende tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal. Además, que la comunicación incluye los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada, otros modos, medios y

---

<sup>243</sup> Commissioner for Human Rights. Op. Cit. 56. Internet: [www.cermiasturias.org/archivos/102\\_348585011.pdf](http://www.cermiasturias.org/archivos/102_348585011.pdf). Acceso: (17/12/2013)

<sup>244</sup> Tina Minkowitz. *No discriminación, Capacidad Jurídica y Derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 534-535

formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.<sup>245</sup>

Tal como lo ha establecido, Alex Camacho, Secretario Técnico de Discapacidades, la accesibilidad universal no está dirigida únicamente para personas con discapacidad, sino para el bienestar de 350.000 mujeres embarazadas por año, 1'500.000 niños menores de 5 años, 100.000 adultos mayores y 373.177 personas con discapacidad.<sup>246</sup>

En este sentido, el Estado ecuatoriano debe facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad.<sup>247</sup> Además, corresponde al Estado regular que las entidades privadas que prestan servicios al público en general, incluso mediante internet, proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso.<sup>248</sup>

Una práctica de accesibilidad es por ejemplo, lo sucedido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde se realizó por primera vez, el viernes 1 de noviembre de 2013, una audiencia pública con interpretación simultánea a lengua de señas para personas con discapacidad auditiva y emisión de textos de fácil lectura para personas con discapacidad intelectual.<sup>249</sup>

Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse ajustes razonables adaptados a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio.<sup>250</sup>

La provisión de ajustes razonables para ejercer el derecho de capacidad jurídica es una respuesta a los límites que inevitablemente surgirán, dadas las situaciones muy diferentes en que se hallan las personas con discapacidad intelectual

---

<sup>245</sup> CDPD, art. 2.

<sup>246</sup> Secretaría Nacional de Discapacidades. Internet: <http://www.setedis.gob.ec/?cat=8&desc=comunicamos&codnot=148>. Acceso (16/02/2015)

<sup>247</sup> CDPD, art. 21.a

<sup>248</sup> CDPD, art. 21.c

<sup>249</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/082.asp> (Acceso: 27/08/2014)

<sup>250</sup> Rafael de Asís. *Sobre la Capacidad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 26

y psicosocial. Por ejemplo, los ajustes razonables requieren el entrenamiento de profesionales y el personal que trabaja con las personas con discapacidad, de modo que pueda familiarizarse con las diferentes necesidades comunicacionales que puedan surgir. Esto, a fin de asegurar que el discurso de las personas que tienen impedimentos del habla se entienda por el resto de personas o para facilitar la comprensión de frases complejas, mediante el uso de oraciones cortas a las personas con discapacidad en el aprendizaje.

Otro ejemplo de ajuste razonable es prestar a personas con discapacidad motora severa, la posibilidad de expresarse con el movimiento de la cabeza o sólo de los ojos, mediante software que permitan captar estos movimientos para la composición de palabras y frases en la pantalla.<sup>251</sup>

Los ajustes razonables son especialmente relevantes en el contexto de la discapacidad, puesto que se han desarrollado como una importante y flexible herramienta, cuyo fin es asistir a las diversas necesidades de las personas con discapacidad y así evitar la discriminación.

Sin embargo, esta obligación tiene un límite; un ajuste no es razonable cuando genera una carga indebida. La carga será indebida cuando: 1) se adopte un ajuste que provoque riesgos a la seguridad, la salud, el bienestar, entre otros; .2) en la evaluación de costos y beneficios se muestre que el ajuste es demasiado costoso.<sup>252</sup>

Finalmente, la accesibilidad y los ajustes razonables son de vital importancia para las personas con discapacidad, ya que el acceso a la información y la libertad de expresión y opinión suponen, no solo un derecho, sino también un medio elemental para el ejercicio de la capacidad jurídica.

#### **4.1.2 Aproximación al sistema de apoyos y salvaguardias.**

##### **4.1.2.1 Asistencia o apoyo en la toma de decisiones.**

De acuerdo a International Disability Alliance (IDA), “apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una

---

<sup>251</sup> María Soledad Cisternas. *Las obligaciones internacionales para los Estados partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculo con el artículo 13 en impacto en el derecho interno.* Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 247-248

<sup>252</sup> Leticia de Campos Velho Martel. *Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto desde la Óptica de una Gramática Constitucional Inclusiva*, Sao Paulo, Sur Revista Internacional de derechos humanos 2011. p. 111

persona se exprese por sí misma y comuniqué sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona”.<sup>253</sup>

Este modelo supone también la intervención de un tercero en la esfera de toma de decisiones de la persona con discapacidad, pero esa intervención no supone sustitución, sino asistencia en la decisión, y por tanto, no limita la autonomía de las personas con discapacidad, sino que la promueve y potencia.

El modelo de apoyo estipulado en la CDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que las medidas de protección estén destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para poner a la persona con discapacidad en pie de igualdad con los demás. Ello supone crear o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial al ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, a la toma de decisiones en nombre propio con los apoyos necesarios para cada persona.<sup>254</sup>

Los apoyos deben reflejarse como “un traje a medida”. El artículo 12 propugna que se deben hacer “todos los trajes a medida que se necesiten”, por eso la CDPD ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo.<sup>255</sup> Por esta razón, en la construcción de un sistema de apoyos para la toma de decisiones, es necesario indagar en varios aspectos: el lugar donde la persona vive, el entorno, el territorio en el que se encuentra inmerso, el trabajo, los intereses, las actividades que realiza o le gustaría realizar, el tratamiento médico, entre otros sobre los que se debe decidir el apoyo que necesita cada persona para construir los lazos que le permitirán ejercer sus derechos y el proyecto de vida deseado.

En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos personalísimos y podrán ser prestados tanto por personas naturales como jurídicas. El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el informal prestado por la familia<sup>256</sup> o una persona de confianza, hasta el sistema formal en sus diversas áreas: asistente personal, económico y social en sus

---

<sup>253</sup> International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Principio 4.

<sup>254</sup> Francisco Bariffi. *Capacidad jurídica y discapacidad: Una visión del derecho comparado*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 317-318

<sup>255</sup> Carlos Ganzenmuler Roig. *El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal. La labor del Fiscal en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 485

<sup>256</sup> CDPD, Preámbulo X

vertientes esenciales de salud, educación, entre otras. Podrían necesitarse ocasionalmente o de forma continua.

La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona con discapacidad; puesto que como señala el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad:

*(...) Muchas veces las personas con discapacidad necesitan apoyo, pero no sustitución; el apoyo contemplado por la Convención como “apropiado” es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad.*<sup>257</sup>

Aun cuando una persona que tenga una discapacidad que necesite “un apoyo más intenso”, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.<sup>258</sup>

#### **4.1.2.2 Salvaguardias.**

Como se estableció en el punto: 2.1.3 de la presente disertación, debe entenderse que las salvaguardias se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución *per se*.<sup>259</sup>

En el diccionario de la Real Academia Española,<sup>260</sup> “salvaguardia” significa, en su cuarta acepción: custodia, amparo, garantía. Además, también encontramos como sinónimos: seguridad, amparo, guardia, defensa, vigilancia, cuidado, pase, custodia, aseguramiento, garantía.

En la práctica eso significa el establecimiento de un sistema para la evaluación imparcial de los apoyos, realizado por un órgano judicial. En este sentido, las salvaguardias deben vigilar de manera periódica que los mecanismos de apoyo:

- Respeten al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental e intelectual, su voluntad y preferencias.

---

<sup>257</sup> Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 132. p. 6

<sup>258</sup> Carlos Ganzenmuler Roig. *El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal. La labor del Fiscal en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 484 y 485

<sup>259</sup> Cfr. Patricia Cuenca Gómez. Op. Cit. 112. p. 76

<sup>260</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Internet: <http://www.rae.es/rae.html>. Acceso: (07/10/2014)

- Sean proporcionales y permeables a los distintos tipos de discapacidad y a las circunstancias concretas de cada persona.
- Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida entre la persona con discapacidad y quien o quienes prestan el apoyo.
- Y todas las medidas necesarias para evitar que el apoyo se convierta en un mecanismo de abuso y detrimento de los derechos de las personas con discapacidad.

## 4.2 La experiencia del Derecho comparado.

A continuación, se hará un recorrido sucinto, por algunas experiencias europeas de protección de las personas con discapacidad, el cual permitirá extraer conclusiones y consideraciones aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

### 4.2.1 Italia.

En el año 2004, antes de la aprobación de la CDPD, se reformaron los arts. 404 a 413 del C.C. italiano, dicha reforma consistió en la introducción de la figura de *l'amministrazione di sostengo* o administración de apoyo.

Con la administración de apoyo introducida por la Ley 6/2004 se creó una institución tuitiva que se coloca al lado del beneficiario, sin sustituirlo y sin sustraerle su capacidad de obrar.<sup>261</sup> En definitiva, una figura no incapacitante, que no priva al beneficiario de sus derechos.

La administración de apoyo deja de lado la *"incapacità di intendere e di volere"* homologable al criterio establecido en nuestro Código Civil sobre la ineptitud *"para gobernar su persona o administrar sus bienes"*.<sup>262</sup> En su lugar se habla de la "inadecuación gestional"; es decir, que en la vida cotidiana, sobre todo urbana, podemos necesitar apoyo para realizar innumerables gestiones de mayor o menor complejidad que inciden directamente en nuestra calidad de vida y en la concreción del proyecto de vida. Es decir, la "inadecuación gestional" es un instrumento útil, no solamente para personas con discapacidad intelectual o psicosocial, sino también para toda persona que en cualquier circunstancia pueda requerir apoyo para la toma de decisiones, privilegiando la soberanía de la persona sobre sí misma; por ejemplo, un anciano, un extranjero que no hable el idioma local, una persona que por cualquier motivo de salud se encuentre impedida transitoriamente de ocuparse de algunas gestiones.

<sup>261</sup> Inmaculada Vivas Teson. Op. Cit. 204. p. 35

<sup>262</sup> Código Civil del Ecuador, art. 367

El art. 409 del C.C. italiano expresa: *El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos aquellos actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.* La idea de fondo de esta institución es valorar al máximo la autodeterminación del interesado.

Se trata de un procedimiento judicial por el cual se designa un administrador que apoye la realización de estas gestiones de manera activa, que puede ser solicitado al juez por el futuro beneficiario o cualquier otra persona; el beneficiario debe aceptar la administración de apoyo sino la ha requerido personalmente.

Conforme la reforma italiana, la persona con discapacidad deja de ser el sujeto pasivo de los procedimientos relativos a su capacidad, pues ella misma puede acudir al juez tutelar para ser escuchada (no “*examinada*”, término legal que es suprimido del Código civil italiano).

De este modo, sus cuidados, sus intereses, su voluntad, sus necesidades, sus elecciones, sus aspiraciones, etc., representan el punto de referencia de las decisiones del juez. Se trata del reconocimiento legal a la legitimación activa del propio interesado para instar los procedimientos relativos al nombramiento de un administrador de apoyo o a su incapacitación judicial, esta última posibilidad introducida, de manera residual.<sup>263</sup>

Concordantemente con lo que se ha mencionado, se valoriza en estos procedimientos todo tipo de información (no sólo la médica), es decir que a partir de la Ley 6/2004, una enfermedad habitual que no permita a la persona autogobernarse, aunque sea grave, no conduce necesariamente a la incapacitación judicial.

En los procesos de administración de apoyo la comunidad tiene un papel activo; por ejemplo, para la designación del administrador de apoyo la comunidad debe velar para que éste sea una persona de estrecha confianza del beneficiario, salvo que por las características particulares del caso, se requiera la designación de un voluntario o un profesional.

Esta propuesta parte de un nuevo modo de considerar las capacidades de las personas y su dimensión social, permitiéndonos crear y efectivizar nuevos modos de abordajes e intervenciones, teniendo como eje el efectivo goce de los derechos de todas personas. Inmaculada Vivas Teson, presenta con efectos positivos de la Ley:

---

<sup>263</sup> Inmaculada Vivas Teson. Op. Cit. 204. pp. 34 - 35

1. *El beneficiario conserva la capacidad de obrar, que es la regla y, excepcionalmente, para algunos actos que considere el juez, es precisa la intervención del administrador de apoyo.*
2. *El propio beneficiario puede activar personalmente el procedimiento de solicitud de un administrador de apoyo.*
3. *El beneficiario puede cumplir por sí solo todos los actos de la vida cotidiana para satisfacer sus propias necesidades.*
4. *El administrador de apoyo debe actuar con la diligencia y bajo el control del juez tutelar, quien, en cualquier momento, puede pedir la rendición de la gestión y, si es necesario, podrá cesar al administrador de apoyo o suspenderlo y, eventualmente, promover la acción para el resarcimiento de daños.*
5. *El administrador de apoyo deberá tener constantemente informado al beneficiario sobre las actividades cumplidas y las pendientes de cumplir.*
6. *El beneficiario que se encuentre en desacuerdo con el administrador de apoyo podrá dirigirse al juez tutelar.*
7. *El administrador de apoyo deberá siempre actuar teniendo en cuenta las exigencias y aspiraciones del beneficiario.<sup>264</sup>*

Además, de lo establecido por Inmaculada Vivas, se considera que la administración de apoyo es una medida proporcional que se ajusta a las particulares condiciones del beneficiario, respetando al máximo su espacio de autodeterminación, sus aspiraciones y necesidades cotidianas.

La administración de apoyo tiene como objetivo proteger a la persona en su integridad, no exclusivamente su esfera patrimonial. La administración de apoyo se inspira en el ser humano como un valor en sí mismo que ha de garantizarse y promover en todas sus dimensiones vitales, no sólo la patrimonial (arts. 405, 407, 408 y 410 del C.C italiano).

Como lo establece Inmaculada Vivas, la administración de apoyo tiene como finalidad la recuperación de la persona con discapacidad, no la custodia de la persona ni la protección de la sociedad frente a los “locos”. De este modo, el administrador de apoyo es visto como un hermano mayor o un “*ángel de la guarda*”, quien no debe estar siempre presente físicamente, sino que tiene que iluminar el camino que recorre el beneficiario. Su misión no es hacer las gestiones que necesita en cada momento el beneficiario, sino intentar que lo haga por sí mismo y que sienta que, en caso de necesitarlo, tiene a una persona con la que contar.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> *Ibíd.* p. 57

<sup>265</sup> *Ibíd.* pp. 63 y 64

#### 4.2.2 Suecia

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 que provee de amplias garantías para personas con severas discapacidades intelectuales y físicas.<sup>266</sup>

La tutela fue abolida debido a que tenía como consecuencia la marginalización de la persona con discapacidad, a la que se le imponían otras limitaciones legales que estigmatizaban al individuo y fortalecían la idea de inferioridad de la persona frente a la sociedad.

Suecia cuenta probablemente con el marco normativo más paradigmático en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, al haber abolido todo procedimiento de interdicción a personas con discapacidad para reemplazarlo por un sistema de apoyos. La ley sobre apoyos y servicios para personas con ciertas deficiencias funcionales<sup>267</sup> se establece con el objetivo de promover la igualdad y la plena participación de las personas con discapacidad dentro de la comunidad.

El art. 7 de la Ley prevé una serie de medidas de apoyo, las cuales deben: a) garantizar las condiciones de vida idóneas para la persona; b) ser coordinadas y duraderas; c) ser adaptadas a las necesidades de las personas; d) ser diseñadas de un modo que sean fácilmente accesibles para quienes las necesitan; e) incrementar las posibilidades de la persona de vivir una vida independiente.

La institución más importante y menos restrictiva es la denominada *god man*<sup>268</sup> o mentor. Actualmente el mentor es la institución predominante sobre servicios de apoyo en Suecia. La designación de un mentor, a diferencia del tutor, no altera el disfrute de los derechos civiles por la persona con discapacidad. El mentor actúa exclusivamente con el consentimiento de la persona.

Al designar al mentor, el juzgado estudia la relación que existe entre el mentor y la persona con discapacidad, y diseña un plan de acuerdo con las necesidades de esta última. El mentor puede representar al individuo para hacer una aplicación para servicios especiales, para supervisar cuestiones financieras o atendiendo otras necesidades de apoyo y orientación, con la voluntad de la persona con discapacidad.

---

<sup>266</sup> NB. Se incluyen personas con discapacidad intelectual, autismo o condiciones afines al autismo, personas que tuvieron un daño cerebral severo de adultos y otras personas con discapacidades físicas y psiquiátricas que manifiestan severas dificultades en la vida diaria.

<sup>267</sup> El texto original puede consultarse en [www.sweden.gov.se](http://www.sweden.gov.se)

<sup>268</sup> NB. *God man* es la palabra en sueco, que se traduce en inglés como *good man* o *mentor*. En español utilizo la traducción literal: mentor.

La persona con discapacidad incluso tiene recursos legales en contra del mentor que actúa fuera de su autorización o que lleva a cabo una transacción, en la que la persona pudo haber dado su consentimiento, pero no lo hizo.

Los mentores son nombrados para las personas con discapacidades intelectuales y mentales, cuyo estado les requiere de apoyo con sus cuestiones legales, financieras o personales.

El procedimiento de designación es relativamente informal, rápido (tarda entre dos y tres semanas) y gratuito para el que aplica. Puede aplicar la persona con discapacidad, un familiar cercano o un funcionario público determinado.

El servicio de mentor es retribuido y generalmente un mentor solamente presta sus servicios a una persona, aunque en ocasiones puede ser más de una. Si la persona con discapacidad no tiene fondos, los costos los asume el gobierno.

Existen otras formas de asistencia de personas con discapacidad bajo la ley sobre apoyo y servicios para personas con ciertas deficiencias funcionales, entre éstas: la persona de contacto.

La *persona de contacto* no tiene un poder económico o legitimación legal para llevar a cabo los asuntos de otra persona. Las personas de contacto tienen por objeto acompañar en algunas actividades a la persona con discapacidad que, de otra manera estaría inactiva. Por medio de la persona de contacto la persona con discapacidad tiene la oportunidad de realizar actividades recreativas y contactos sociales.

Sin perjuicio de las medias de apoyo enumeradas en el artículo 9, la Ley sueca prevé que las personas amparadas por la norma soliciten a la autoridad competente un plan personalizado de medidas que se diseñen e implementen con la participación de la propia persona. Dichos planes deben tener un carácter continuado y ser revisados al menos una vez al año.

Este tipo de iniciativas constituyen probablemente, los ejemplos más acabados de medidas de apoyo en la toma de decisiones basadas en la autonomía personal de la persona y en el respeto al ejercicio de la capacidad jurídica.

### 4.3 Reforma normativa al Código Civil: lineamientos y propuesta.

*Tenemos que seguir buscando formas para que las personas que tienen una discapacidad puedan tomar sus propias decisiones, y poner en marcha los instrumentos jurídicos para apoyarlos y protegerlos. Tenemos que establecer mecanismos que apoyen el futuro que queremos, y luego dismantelar los mecanismos anticuados que existen.*

Diane Richler<sup>269</sup>

El mayor desafío que propone la CDPD es garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de los derechos. Ello significa un gran reto para el Ecuador, porque nuestro ordenamiento jurídico se encuentra basado en el paradigma médico rehabilitador.

Previo a establecer las propuestas concretas sobre las reformas normativas al Código Civil, es importante tener en consideración los distintos estados para la toma de decisiones de personas con discapacidad intelectual y psicosocial.<sup>270</sup>

En este sentido, es necesario distinguir entre situaciones fronterizas para que las intervenciones del Estado no restrinjan innecesariamente la autonomía al proporcionar apoyos. Por lo tanto, se considera de gran utilidad reconocer cuatro estados distintos para la toma de decisiones, propuestos por Michael Bach:<sup>271</sup>

<b>Estado autónomo para la toma de decisiones</b>	Bajo este estado la persona puede tomar y comunicar sus decisiones de manera comprensible para otras personas, posiblemente con alguna asistencia personalizada y ajustes como: ayudas visuales, asesores informales, lenguaje simple o tecnologías aumentativas de comunicación.
<b>Estado asistido para la toma de decisiones</b>	En este estado el individuo selecciona a otros para que lo asistan en la formulación y ejercicio de las decisiones. Las redes de apoyo en la toma de decisiones están basadas en una relación de confianza con un individuo. Se trata de un grupo de personas comprometidas en asistir a esa persona en la formulación y realización de decisiones conforme sus intenciones y objetivos de vida, y operan en el contexto de relaciones de largo tiempo y conocimiento de la persona. <sup>272</sup>
<b>Estado de codecisión</b>	En este estado se agrupan personas que para el ejercicio de su capacidad jurídica necesitan una significativa asistencia de

<sup>269</sup> Diane Richler, Toma de decisiones con apoyo – Modelo Canadiense. Bogotá Abril de 2010

<sup>270</sup> Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 90

<sup>271</sup> *Ibíd.* pp. 91- 97

<sup>272</sup> NB. Por ejemplo la Ley de Acuerdo de Representación (Representation Agreement Act) de British Columbia, Canadá

	terceros y que, a la vez no cuentan con relaciones personales de confianza. Una alternativa podría ser la de establecer codecisores, que son nombrados por tribunales. <sup>273</sup> Los codecisores son generalmente personas que pueden comprender la voluntad de una persona y actuar en favor de la persona aunque no lo conociera personalmente.
<b>Estado de toma de decisiones facilitadas</b>	En cuarto lugar, hay un grupo de personas con discapacidad intelectual y mental que no cuentan con relaciones personales de confianza, además no hay nadie que pueda discernir la intención de la persona en forma indubitada. En estos casos la facilitación debe estar basada en un esfuerzo por entender la intención de una persona y crear oportunidades donde la intención de la persona pueda ser revelada y adaptada. Es preciso que se demuestre la “diligencia debida” para facilitar la toma de decisiones, de conformidad con las intenciones y deseos de la persona, y si dichas intenciones y deseos no pueden ser discernidos en el corto plazo, se debe facilitar la toma de decisiones que permita mayores oportunidades para comprender más cabalmente la que la persona quiere o necesita.

Dentro del “estado de toma de decisiones facilitadas” se encuentran los casos en los que precisamente debe resaltarse el rol del Estado en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea.<sup>274</sup>

El “estado de la toma de decisiones facilitadas” no constituye una clásica “sustitución de la voluntad”, porque en la toma de decisiones facilitadas se posiciona a la persona con una discapacidad como sujeto y no como objeto; además, se exige que la decisión tomada por el tercero esté de acuerdo con el mejor entendimiento de las intenciones, en el contexto de la narrativa evolutiva de la vida de la persona con discapacidad.

En este sentido, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad establece que si después de que se han hecho esfuerzos importantes, no es posible determinar la voluntad y las preferencias de un individuo, la “mejor interpretación de la voluntad y de la preferencias” debe sustituir al “interés superior” para asegurar que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás. Es decir, que el principio del “interés superior” no es una garantía que cumple con el artículo 12 en relación con los adultos.

<sup>273</sup> NB. Por ejemplo la legislación de Alberta y de Saskatchewan en Canadá.

<sup>274</sup> Agustina Palacios. Op. Cit. 5. p. 166

Además, de lo establecido por el Comité, surge la obligación para el Estado de obtener la voluntad de las personas antes del “estado de toma de decisiones facilitadas”, ya que es posible que algunas personas que no pueden manifestar su voluntad hayan pasado por un período más o menos prolongado de capacidad de obrar plena. En relación con esto, en ese espacio de tiempo previo a la imposibilidad de manifestar la voluntad, se debe permitir a la personas tomar determinadas precauciones respecto a su persona y sus bienes; por ejemplo, designar a la persona que desea constituya su mecanismo de apoyo.

En otras palabras, el Estado debe generar el derecho de “autoprotección” o la expresión de su voluntad anticipada; es decir, la posibilidad de tomar medidas que aseguren la defensa de los intereses de la persona conforme a su propia voluntad y de forma integral, antes de llegar a un estado en el que no se pueda manifestar la voluntad.

Finalmente, es preciso establecer que no se presentan estos estados como una agenda definitiva para la reforma legal, sino como una herramienta para pensar acerca de las diferentes situaciones en que las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales se encuentran. Además, los estados propuestos por Bach, nos permiten aplicar de manera gradual los apoyos y generalmente a requerimiento de la persona; es decir, que para utilizar los apoyos más intensos, debe existir evidencia suficiente para su aplicación, luego de contrastar otras diversas alternativas.

#### **4.3.1 Lineamientos para la aplicación de los sistemas de apoyos.**

Desde la óptica pragmática de los sistemas de apoyo, el primer cuestionamiento que surge es *¿quién debe facilitar estos apoyos?*. Al respecto, el art. 12. 3 de la CDPD asigna un rol prioritario al Estado, ya que señala: *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

En este proceso, corresponde al Estado institucionalizar los servicios de apoyo, salvaguardias y ajustes razonables, además le corresponde asignar recursos tanto financieros como humanos para abordar estas cuestiones y capacitar a todos los involucrados. Del análisis de la experiencia de otros Estados se sugiere que, el Estado ecuatoriano reforme el rol de aquellos organismos públicos que intervienen en actos realizados por personas con discapacidad, a efectos de que abandonen el criterio médico (la persona con discapacidad como objeto) y reconozcan su carácter de sujeto

de derecho, por lo tanto se dediquen a apoyar el pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

En este sentido, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante el Viceministerio de Inclusión Social y Ciclos de Vida, así como la Subsecretaría de Discapacidades, debe realizar formación y capacitación a los/las servidores/as que trabajan con personas con discapacidad, pero sobre todos a las familias y a las personas con discapacidad para que logren alcanzar su autonomía e independencia, a través de la correcta inversión del bono Joaquín Gallegos Lara.

Por su parte, el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, debe trabajar con las organizaciones que agrupan a personas con discapacidad para empoderarlos de sus derechos, y que ellos sean los protagonistas de las reformas legislativas necesarias. En lo que se refiere a los sistemas de apoyo, el CONADIS debe aportar un listado público de personas con capacitación y probidad que puedan prestarlos en los casos necesarios.

La Secretaría Técnica de Discapacidades (SETEDIS) debe fortalecer la formación y capacitación al talento humano sobre metodología para incorporar a personas con Trastornos del Espectro Autista,<sup>275</sup> puesto que es uno de los grupos más invisibilizados. Como se vio anteriormente, la institucionalización restringe los derechos de las personas con discapacidad. En consecuencia, la SETEDIS debe promover el empoderamiento comunitario y desarrollo local de las personas con discapacidad y sus familias.

Asimismo, la SETEDIS debe fortalecer el “Sistema de Información de Servicios sobre Discapacidades”, como un sitio diseñado para identificar datos precisos a nivel nacional sobre instituciones públicas, privadas y organizaciones de sociedad civil que ofrecen servicios y atención a personas con discapacidad y sus familias.

La SETEDIS también debe fortalecer los mecanismos de apoyo sobre asesoramiento a los emprendedores con discapacidad en el desarrollo de proyectos productivos, a través del diseño de un plan de negocio, estudio de mercado, confirmación de viabilidad financiera, diseño de marca empresarial y, por supuesto, el acompañamiento de profesionales especializados, con el objetivo de incluir a las personas con discapacidad y sus familias a la vida productiva del país, en condiciones de equidad. En este sentido, deben acompañar a la persona con discapacidad en la

---

<sup>275</sup> Secretaría Técnica de Discapacidades. Internet: <http://www.setedis.gob.ec/?cat=8&desc=comunicamos&codnot=150>. Acceso (16/02/2015)

generación de la idea de negocio, la factibilidad financiera, la obtención de crédito, el desarrollo de marca comercial y la sostenibilidad y sustentabilidad.

Se observa que la SETEDIS ha entregado 543.694 ayudas técnicas; sin embargo, la mayoría de éstas fueron destinadas a personas con discapacidad física. Por lo tanto, se debe fortalecer las ayudas técnicas alternativas y aumentativas de la comunicación para personas con discapacidad intelectual y mental a fin de permitir que puedan expresar su voluntad.

Por otra parte, la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública asumieron la defensa de derechos de las personas con discapacidad, una vez que el CONADIS realizó el traspaso de competencias en los ámbitos judiciales y administrativos.<sup>276</sup> Por lo tanto, tienen un papel esencial en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Hasta que se logre la reforma normativa, corresponde a la Defensoría del Pueblo, vigilar que se respeten los derechos de las personas con discapacidad dentro de los procesos de interdicción; y por su parte, a la Defensoría Pública le corresponde patrocinar a las personas con discapacidad dentro de los procesos de interdicción.

Todos los mecanismos mencionados deben realizarse junto a campañas de sensibilización y concienciación sobre el cambio de paradigma respecto a la discapacidad y sobre la capacidad jurídica, abordando el nuevo modelo de toma de decisiones con apoyos.

Además, se requiere un papel activo de organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad como conocedoras de los aspectos más sensibles y detallados en los que ellas necesitan apoyos.

Asimismo, la familia y amigos de las personas con discapacidad juegan un rol decisivo en el desarrollo de su capacidad jurídica desde la toma de decisiones del día a día.

Otra pregunta que surge en este punto es *¿Qué características deben tener los mecanismos de apoyos en la toma de decisiones?*. Dichos mecanismos pueden presentarse de varias formas, no obstante, el Comité sobre los Derechos de las

---

<sup>276</sup> Defensoría Pública del Ecuador. Internet: <http://www.defensoria.gob.ec/index.php/noticias/item/332-la-defensoria-publica-y-la-defensoria-del-pueblo-adquieren-responsabilidad-en-defensa-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>. Acceso (16/02/2015)

Personas con Discapacidad, estableció que estos mecanismos deben incluir determinadas disposiciones esenciales, entre ellas las siguientes:

<b>Disponibles para todos</b>	<p><i>El apoyo para la adopción de decisiones debe estar a disposición de todos. El grado de apoyo que necesite una persona (especialmente cuando es elevado) no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.</i><sup>277</sup></p> <p>Para que el sistema de apoyos cumpla su cometido y resulte efectivo, el mismo deberá adaptarse a las diferentes situaciones personales y a las diferentes discapacidades. Es decir, que las personas con discapacidades intelectuales o mentales profundas también tienen derecho a mecanismos de apoyo.</p>
<b>Basados en la voluntad de la persona con discapacidad</b>	<p><i>Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.</i><sup>278</sup></p>
<b>Registral</b>	<p><i>Debe ofrecerse a la persona o personas encargadas del apoyo oficialmente escogidas por la persona un reconocimiento jurídico que sea accesible y el Estado tiene la obligación de facilitar la creación del apoyo, especialmente para las personas que están aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo y un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando basándose en la voluntad y las preferencias de la persona concernida.</i><sup>279</sup></p> <p>Será necesario poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombudsman o defensor oficial.</p>
<b>Económicamente accesible</b>	<p><i>A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para "proporcionar acceso" al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.</i><sup>280</sup></p>
<b>Respetuoso de derechos fundamentales</b>	<p><i>El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.</i><sup>281</sup></p>

<sup>277</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117, párr. 25.

A

<sup>278</sup> *Ibíd.* párr. 25. B

<sup>279</sup> *Ibíd.* párr. 25.D

<sup>280</sup> *Ibíd.* párr. 25.E

<sup>281</sup> *Ibíd.* párr. 25.F

<b>Voluntario</b>	<p><i>La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.</i><sup>282</sup></p> <p>Sólo le podrá ser impuesto como obligatorio cuando así lo ordene el juez competente y en circunstancias excepcionales, sin que ningún funcionario particular pueda imponerlo de facto por su personal apreciación.</p>
-------------------	--

Además de lo establecido por el Comité, se considera que:

- El apoyo debe ser suficiente y real; es decir, que la persona con discapacidad llegue a alcanzar una comprensión suficiente del acto que realiza.
- Complementariamente, debe existir apoyos para terceros que desean entablar relaciones con una persona con discapacidad, para que dichos terceros puedan comprender cómo una persona se comunica y cómo cumplir con el deber de proveer ajustes razonables.<sup>283</sup>
- El sistema de apoyo debe diseñarse de manera abierto e inclusivo, es decir, reconociendo que todas las personas podemos tener dificultades para ejercer nuestra capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad, como puede ser el caso de personas mayores, analfabetos, personas con discapacidades comunicacionales severas, entre otras.
- El apoyo debe fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean.

Finalmente, *¿cuánto tiempo tiene el Estado ecuatoriano para implementar estos mecanismos de apoyo?*

Al respecto, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad estableció que la efectividad *progresiva* no se aplica a la capacidad jurídica,<sup>284</sup> por lo tanto, esto constituye una obligación de exigibilidad inmediata.

Sin embargo, se considera que el cambio será gradual, y por tanto quizás en determinado tiempo pueden coexistir ambos sistemas. La implementación del sistema de apoyos requerirá una implementación progresiva, pues poner en marcha un sistema como este llevará tiempo. Si todas las medidas tradicionales de interdicción y curatela se suprimen de golpe el sistema se volverá inoperante. El sistema de apoyo

<sup>282</sup> *Ibíd.* párr. 20

<sup>283</sup> Cfr. Michael Bach. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa.* Op. Cit. 43. p 90

<sup>284</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. párr. 26

en la toma de decisiones y el sistema tradicional de tutela deberán funcionar en paralelo durante el periodo de tiempo necesario hasta que la transición se haya completado. Ahora bien, para que el cambio se produzca, también es necesario que las autoridades judiciales puedan ordenar marcos de apoyos fuera de la rigidez del sistema de tutela vigente.

#### **4.3.2 Lineamientos para la aplicación de las salvaguardias.**

La CDPD expresamente regula los sistemas de apoyo en la toma de decisiones bajo la denominación de “salvaguardias”.<sup>285</sup> Las salvaguardias, de acuerdo a lo establecido en el art. 12.4 de la CDPD, deberán tener en cuenta:

- Que los mecanismos de apoyo en la toma de decisiones respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.
- Que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida; es decir, que en la interacción entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad no exista signos de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.<sup>286</sup>
- Las salvaguardas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible.
- Que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. La autoridad u órgano judicial garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva, junto al derecho de “acceso a la justicia” previsto en el artículo 13 de la CDPD. En este sentido, las salvaguardas implican que la persona debe ser oída por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad y en aquellos otros supuestos en que sus derechos puedan verse limitados o anulados.<sup>287</sup>
- Que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; de tal manera que las salvaguardas no constituyan mecanismos de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad.

---

<sup>285</sup> Carlos Marín Calero. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. pp. 396-397

<sup>286</sup> ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit. 117. párr. 18 bis

<sup>287</sup> Carlos Ganzenmuler Roig. *El juicio de capacidad y el Ministerio Fiscal. La labor del Fiscal en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental.* . Artículo contenido en Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 488

A la luz de estas características las salvaguardas deben impedir los abusos de los mecanismos de apoyo en la toma de decisiones para no dejar a la persona ni desprotegida ni sobreprotegida.<sup>288</sup> En otras palabras, las salvaguardias buscan garantizar la real incorporación de la persona con discapacidad a la sociedad mediante el ejercicio real de su capacidad jurídica y por lo tanto que puedan alcanzar un adecuado nivel de vida.

#### 4.3.3 Propuesta de reforma normativa.

Bajo este acápite se expondrán las propuestas concretas de reforma del C.C ecuatoriano en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad con el objetivo de lograr su concordancia con las obligaciones del art. 12 de la CDPD; sin embargo, se reconoce que no sólo se debe reformar el C.C. sino que debe existir un cambio de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano que contravenga lo establecido en la CDPD.

Adaptar el ordenamiento jurídico ecuatoriano a la CDPD parte de la necesidad de erradicar el paradigma médico y en su lugar abordar el paradigma de los derechos humanos; es decir, prohibir de manera expresa la discriminación por motivo de discapacidad.

Es por ello que deberá empezarse a respetar legalmente la presunción de capacidad de toda persona, así como la validez de las decisiones que adopta las personas con discapacidad, aun cuando cuente o deba contar con apoyos para ejercer su capacidad jurídica, y bajo el respeto del principio de “la dignidad del riesgo” o el “derecho a equivocarse”, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Las propuestas de reforma normativa se presentan como cuadros comparativos de lo que se recomienda derogar y lo que se propone crear:

<b>Sobre la interdicción y curaduría</b>	
Se recomienda derogar:	Se propone:
Aquellas regulaciones que presumen la incapacidad y descalifican legalmente los actos jurídicos realizados por personas con discapacidad, basadas en motivos inherentes a la persona como características físicas, sensoriales, mentales o intelectuales (“dementes” o “sordomudos”, en el lenguaje	Establecer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica plena.

<sup>288</sup> Tercera ponencia: “Artículo 12 CDPD. Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino” Autores: Juan Pablo Olmo y Julio A. Martínez Alcorta (Argentina)

del C.C.) (art. 1463 del C.C. y art. 33 del CPC.)	
Las regulaciones que prescriben el sistema sustitutivo en la toma de decisiones para las personas con discapacidad, instaurando la interdicción y la curaduría. (arts. 478 al 479 del C.C.)	Establecer sistema de apoyos para la toma de decisiones, a fin de que las personas que lo requieran puedan ejercer su capacidad jurídica. Establecer salvaguardias y vigilar que los sistemas de apoyos se basen en la voluntad de la persona. Introducir las definiciones de accesibilidad y ajustes razonables.
Reformar legalmente el concepto de discernimiento ( <i>no se pueda gobernar por sí mismo</i> ). (Art. 367 del C.C.)	Plasmar legalmente la diferencia entre discernimiento y capacidad jurídica.
	El establecimiento de un régimen de “autoprotección” para las personas que lo precisen y que deben contar con los apoyos necesarios para la expresión de su voluntad anticipada, la cual posteriormente se podría adecuar a las medidas de apoyo.

La propuesta de mecanismos de apoyo en la toma de decisiones, podrán ser desempeñadas por personas naturales o jurídicas creadas para este fin, y una misma persona pueda contar con una o varias figuras de apoyo.

Al momento de determinar las medidas de apoyo, las sentencias deberán detallar de manera pormenorizada y ajustada a la situación y necesidades de la persona, las áreas en las que las personas precisan asistencia, para lo cual se deberá tener en cuenta las circunstancias individuales y sociales.

Dada la importancia de este tipo de mecanismos, se recomienda promover y regular figuras, especialmente en aquellos casos, en que las personas con discapacidad no cuentan con redes de confianza por haber sido sometidas a segregación (quiebre de sus lazos sociales); en estos casos se debe exigir la periodicidad de control y otras salvaguardias para prevenir abusos.

Además, cuando se trate de una persona que no puede expresar por ningún medio su voluntad, la sentencia podrá contemplar apoyos obligatorios en la toma de determinadas decisiones (establecidas individualmente en la resolución) y que deberán limitarse a aquellas cuya no adopción suponga un daño irreparable para la persona.

Finalmente, las personas que ya tienen una sentencia de interdicción podrían sujetarse al nuevo proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica.

<b>Sobre el proceso de interdicción y curaduría</b>	
Se recomienda derogar:	Se propone:
Los procesos judiciales de interdicción y curaduría a efectos de abandonar la mirada médica de la discapacidad. (Arts. 478 al 489 del C.C)	Crear procedimientos para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.
Las disposiciones que dan primacía a la prueba médica en el proceso de interdicción. (Art. 482 del C.C y art. 752 del C.P.C)	Exigir además de las pruebas médicas, evaluaciones psicológicas, de trabajadores sociales, entre otras. Exigir que se informe, previamente, sobre el fin de la pericia a las personas que van a ser sometidas a ella.
Aquellas regulaciones que otorgan la legitimación activa a diversas personas para cuestionar y lograr restringir la capacidad jurídica de la personas con discapacidad. (Arts. 464, 465 y 481 del C.C )	Otorgar la legitimación activa principalmente a la persona que necesite los mecanismos de apoyo, a los parientes más próximos o personas de su entorno más cercano, o a las entidades que trabajen con las personas con discapacidad.
Toda cláusula legal que impida a una persona con discapacidad ejercer su derecho a ser oída y a participar por sí misma en el proceso. (Art. 33 C.P.C)	Establecer legalmente que las personas con discapacidad deben participar efectivamente en todos los procesos que afecten sus intereses.
Aquellas regulaciones que prescriben la intervención de la Fiscalía General del Estado para la evaluación de la pericia médica pues en la práctica no objeta tal pericia y se limita a validarla.	Permitir que sea la propia persona involucrada la que pueda impugnar la validez de la pericia médica; además, se sugiere que sea la Defensoría Pública la institución estatal que intervenga en los procesos para determinar los mecanismos de apoyo.
	Consagrar el derecho a recurrir de las personas con discapacidad de todas las decisiones en su contra.

Si bien no existen disposiciones que impidan la participación de la persona con discapacidad en el proceso de interdicción, en la práctica son excluidas; por eso se sugiere que la persona con discapacidad sea la protagonista del proceso, respetando su voluntad y preferencias.

El juez debe respetar el derecho de una persona con discapacidad a ser informada de los procedimientos, a ser oída, a presentar evidencias, a convocar expertos para testificar en su favor, a ser representada por uno o más individuos de su confianza y elección, a confrontar cualquier evidencia en su contra y a apelar cualquier decisión adversa ante una instancia judicial superior.

Para lograr lo anterior se sugiere adaptar los procedimientos mediante diversos medios de comunicación accesibles (lenguaje no verbal ni escrito, uso de imágenes, señas, comunicación táctil, etc.), a efectos de maximizar las posibilidades de expresión

de la persona con discapacidad. Por ejemplo, se debe reformar legalmente los sistemas de notificaciones y requerimientos judiciales, a fin de adaptarlos a formatos de comunicación accesibles a todas las personas con discapacidad.

Asimismo, el formato de las resoluciones judiciales debe utilizar estructuras gramaticales y sintácticas comprensibles, para evitar dificultades propias del lenguaje escrito.

En caso de una persona con discapacidad profunda, la autoridad debe establecer, con evidencias claras y convincentes, que se han brindado los apoyos apropiados y se han considerado todas las alternativas menos restrictivas antes de nombrar un apoyo que pueda tomar decisiones sustitutivas. El representante que ejerza el consentimiento sustitutivo debe tomar en cuenta las preferencias de la persona con discapacidad y hacer todo lo posible por tomar la decisión que esa persona hubiera tomado si hubiera podido hacerlo por sí misma.

<b>Sobre la capacidad para ejercer actos jurídicos patrimoniales y personalísimos</b>	
Se recomienda derogar:	Se propone:
Reformar toda cláusula legal que permita restringir el ejercicio de derechos patrimoniales y personalísimos en función de una discapacidad o una declaración de interdicción. (Arts. 738, 2136, 1043, 1295, 1734, 1899, 2123, 1403, 1404, 1405, 2167, 318, 529, 530, 487, 95, 96, 98, 256 C.C.)	Plasmar legalmente que las personas con discapacidad pueden ejercer libremente sus derechos patrimoniales y personalísimos, y que a pesar de que sean realizados con mecanismos de apoyo deberán considerarse válidos.
Los artículos que exigen obtener una previa decisión judicial, sin importar la voluntad de la persona con discapacidad, para que el curador pueda enajenar, hipotecar, dividir bienes raíces, realizar o repudiar donaciones, proceder a transacciones que se avalúen en más de mil dólares. (Arts. del 418 al 427 del C.C.)	Los actos sobre el patrimonio deben responder a la voluntad de la persona con discapacidad. Se sugiere que en el plan personalizado de medidas de apoyo se establezcan precauciones como comunicar al juez los actos patrimoniales de especial trascendencia en función de la situación de la persona.
Aquellas regulaciones que facultan al juez a disponer la internación forzosa de una persona con discapacidad por considerarla peligrosa o por causa incomodidad a otros. (Art. 487 del C.C)	Establecer que la discapacidad <i>per se</i> no es justificación para privar de la libertad a una persona. Prohibir que el curador por sí sólo pueda requerir el internamiento de la persona con discapacidad y exigir que concurran los requisitos de la ONU para permitir un internamiento involuntario.

A las personas con discapacidad frecuentemente se les ha negado la oportunidad de manejar su patrimonio sobre la base de que carecen de discernimiento. El Estado debe realizar reformas legales y armonizar la legislación, de

acuerdo a lo prescrito en el numeral 5 del artículo 12 que manda a los Estados partes a garantizar que las personas con discapacidad puedan:

*Ser propietarias, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas, otras modalidades de crédito financiero y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

En este ámbito adquieren también relevancia las actuaciones de autoridades públicas como notarios, registradores, y servidores públicos relacionados a la realización de actos patrimoniales; en ellos también recae la obligación de reconocer y garantizar la prestación de los apoyos, la vigilancia de la actuación conforme con el plan personalizado y del buen funcionamiento general de estas medidas.

Por otra parte, los derechos personalísimos, en el marco de la capacidad amplia que establece el artículo 12 de la CDPD, deben ser ejercidos y decididos por las personas con discapacidad. Bajo el principio de igualdad, también se debe considerar que se podrá suplir la voluntad en aquellas situaciones en la que se encuentre comprometida la vida de la persona con discapacidad y sea necesario someterla a tratamientos médicos y practicas quirúrgicas, debiendo estas cuestiones contar con autorización expresa del juez.<sup>289</sup>

Todas las reformas planteadas tienen por objetivo lograr la *autonomía individual de las personas con discapacidad*, lo que significa tener la libertad de tomar las propias decisiones, en igualdad de condiciones con los demás, y que las mismas estén sujetas a la mínima interferencia en su vida privada.

El éxito del cambio de paradigma depende no sólo de su implantación a través de una reforma legal, sino sobre todo de su proyección social. Por esta razón, es imprescindible la formación de la sociedad en general en el modelo de derechos humanos y, por ende, en la contemplación de las personas con discapacidad como sujetos capaces. Así también, para el funcionamiento del sistema de apoyo es crucial la formación y la capacitación de las personas con discapacidad, que deben tener un papel central en el diseño e implementación del nuevo sistema.

---

<sup>289</sup> Dolores Loyarte. *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Artículo contenido Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Op. Cit. 43. p. 591

## **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

La disertación tiene como punto de partida el desarrollo de los diferentes paradigmas sobre la discapacidad, lo que se ha manifestado en el tratamiento jurídico de la capacidad jurídica en los instrumentos internacionales. Posteriormente, a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se cuestionaron las normas del C.C. en relación a la interdicción y curaduría y se analizaron las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado. Frente a la incompatibilidad del C.C. con las normas internacionales se propuso lineamientos para una reforma normativa.

En este orden de ideas y para finalizar el presente trabajo de disertación, bajo este acápite se establecerán las conclusiones y recomendaciones.

### **5.1 Conclusiones.**

#### **Primera**

La discapacidad es un concepto que ha evolucionado a lo largo de la historia y es el producto de los valores sociales predominantes dentro de la sociedad, que van desde la invisibilidad jurídica de la persona con discapacidad hasta su consideración como sujeto de derechos. Se pueden distinguir cuatro paradigmas sobre la discapacidad: 1. El paradigma tradicional, 2. El paradigma médico rehabilitador, 3. El paradigma social y, 4. El paradigma de los derechos humanos.

El paradigma más arraigado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el médico rehabilitador, que considera a la discapacidad como una enfermedad que necesita cura o rehabilitación. Como consecuencia de este paradigma a las personas con discapacidad se las define desde las “deficiencias” (recuérdese que por ejemplo a las personas con discapacidad mental e intelectual se los llama “locos” “dementes” y a las personas con discapacidad sensorial “sordomudas”).

Asimismo, bajo el paradigma médico rehabilitador se cree que las personas con discapacidad son incapaces de tomar decisiones, por lo que se regulan jurídicamente la interdicción y curaduría.

#### **Segunda**

La dignidad es una cualidad inherente a la persona. El ser humano independientemente de su edad, aptitudes, desarrollo, inteligencia o facultades

mentales, tiene igual dignidad; ésta es una condición que permanece inalterable durante toda la vida.

La dignidad del ser humano y el principio de igualdad y no discriminación son el fundamento para reconocer derechos; en este sentido, son también, la base para reconocer a las personas con discapacidad, la libertad para tomar decisiones y la capacidad jurídica proporcionando los apoyos necesarios.

### **Tercera**

En el derecho internacional de los derechos humanos, existen dos convenciones ratificadas por el Ecuador que se refieren a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Por un lado, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con discapacidad que, bajo el paradigma médico rehabilitador, en su art. 1.2 inciso b) establece la posibilidad de interdicción para las personas con discapacidad.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el marco del sistema universal de derechos humanos, que en su art. 12 reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo cual sumando a lo establecido por su Comité de vigilancia en la Observación General No. 1, da lugar a una prohibición de mecanismos sustitutivos de la voluntad, como la interdicción y curaduría.

Bajo estas disposiciones internacionales contradictorias, corresponde al Estado ecuatoriano aplicar la CDPD por ser la norma más favorable para las personas con discapacidad y porque la interdicción y curaduría no superan el test de proporcionalidad y el de igualdad y no discriminación; en consecuencia, son inconstitucionales y contravienen las obligaciones internacionales del Estado.

### **Cuarta**

La CDPD constituye un cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad, pues deja de lado el modelo médico y desarrolla el modelo social y el de derechos humanos.

El concepto de capacidad jurídica traído por la CDPD es más amplio que el tradicional, puesto que contiene la capacidad de goce y de ejercicio. La CDPD a través del art. 12, reconoce que las personas con discapacidad tienen, en igualdad de

condiciones, el derecho al goce y al ejercicio de la capacidad jurídica, independientemente de la naturaleza o los efectos de su o sus discapacidades o de su necesidad de apoyo. La capacidad jurídica no puede cuestionarse ni controvertirse en razón de la discapacidad.

El establecimiento y el uso de los apoyos que se prevén en la CDPD, no supone que quienes presten tales mecanismos tengan la representación legal de la persona con discapacidad ni la sustituyan en el ejercicio de su capacidad de obrar.

### **Quinta**

La interdicción y la curaduría nacieron como mecanismos de protección para algunos grupos sociales, entre ellos las personas con discapacidad; sin embargo, estas clásicas instituciones desembocaron en el protagonismo de los curadores y en detrimento de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. En la práctica estas instituciones jurídicas tienen un contenido esencialmente patrimonialista, olvidando la protección del ser humano.

La CDPD reconoce la problemática y en consecuencia, fija como principios la independencia y autonomía de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar las decisiones sobre su persona y su patrimonio, lo que permite el reconocimiento de la capacidad jurídica.

### **Sexta**

La interdicción y curaduría para las personas con discapacidad, afectan el derecho a la capacidad jurídica y, en consecuencia, restringe la posibilidad de ejercer actos jurídicos patrimoniales como la posesión, hipoteca, compraventa, permuta, depósito, donación, entre otros.

Asimismo, estas instituciones violan derechos personalísimos de las personas con discapacidad como la libertad. La institucionalización es una medida que afecta a las personas con discapacidad y que puede ser auspiciada por el propio curador. Esta medida viola el derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad y además, puede constituir un espacio para la tortura y/o tratos crueles inhumanos y degradantes.

De la misma manera, se discrimina a las personas con discapacidad en el ejercicio de otros derechos personalísimos como el matrimonio e incluso la patria potestad.

## **Séptima**

Del análisis de los procesos de interdicción se concluye que a las personas con discapacidad se vulnera su derecho a ser notificados, a ser oídos, a contar con un defensor público, entre otros.

La Fiscalía General del Estado no constituye un mecanismo de defensa para las personas con discapacidad porque en la práctica no tiene un papel contradictorio dentro del proceso de interdicción. También, se considera que no existe una motivación por parte de los jueces, pues no establecen cómo una discapacidad afecta el discernimiento y, en consecuencia, se acoge a la interdicción y curaduría sin una justificación apropiada.

Otro efecto es que, producto del estado de interdicción, las personas con discapacidad ven restringido su acceso a la justicia; por ejemplo, no pueden interponer un recurso de apelación sobre la sentencia de interdicción, ni tampoco pueden iniciar un proceso en contra de sus curadores por las violaciones que estos pudieran cometer. En consecuencia, se viola su derecho a la tutela judicial que debe brindar el Estado.

## **Octava**

La interdicción y la curaduría son incompatibles con la plena capacidad jurídica reconocida en el art. 12 de la CDPD. La evolución del derecho internacional y las obligaciones contraídas por el Estado ecuatoriano con la CDPD, exigen reformar el sistema de protección de las personas con discapacidad, recogida en el Código Civil por nuevas normas que respondan a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad.

La CDPD no sólo obliga a incorporar el sistema de apoyo en la toma de decisiones, sino también a derogar los sistemas existentes de interdicción y curaduría, sin perjuicio de un período de transición razonable.

A la hora de la reforma de nuestro sistema, las líneas directrices podrían ser, entre otras: de un lado, la máxima personalización, flexibilidad y proporcionalidad de los mecanismos de apoyo y salvaguardias; de otro, la subsidiariedad y residualidad de la incapacitación, en caso de que se decidiera seguir manteniendo dicha institución.

Se trata de un sistema complejo que no sólo requerirá de reformas legales, sino también de una acción política del Estado que garantice, entre otras cuestiones la institucionalidad y recursos financieros adecuados.

## **Novena**

En lo que corresponde a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad existe una dificultad y la misma se expresa en la posibilidad de que aún existan personas cuyas decisiones no podemos entender, a pesar de los esfuerzos desplegados.

En estos casos se deben agotar todos los apoyos necesarios y la decisión que se tome debe responder a la “mejor interpretación de la voluntad y de la preferencias”, puesto que, tal como lo estableció el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no es aplicable el “interés superior”.

Asimismo, el Estado en cumplimiento de su deber de prevención debe generar el derecho de “autoprotección” o la expresión de la voluntad anticipada antes de llegar a una discapacidad profunda.

Paralelamente a esta dificultad de comprender a ciertas personas, existe la obligación de los Estados de generar medios tecnológicos para conocer la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, para que con el tiempo, logremos comprender mejor sus decisiones y preferencias.

## **5.2 Recomendaciones.**

Es necesario superar el modelo médico-rehabilitador que permea el ordenamiento jurídico ecuatoriano y se requiere introducir el modelo social, el de derechos humanos y los contenidos de la CDPD. Para ello se recomienda:

### **Primera**

Dejar de asimilar a la persona con discapacidad como un paciente o persona enferma y, por el contrario, entender que la discapacidad es un elemento característico de la diversidad humana.

Se debe reconocer a la persona con discapacidad como un sujeto con múltiples y diversos intereses, reafirmar su personalidad, individualidad, autonomía, con un proyecto de vida en el cual las decisiones para desarrollarlo (sean de contenido patrimonial o no) sean tomadas por él mismo o con el apoyo debido.

Para romper estos estereotipos, es fundamental que la formación y capacitación se dé en todos los niveles, desde el primero hasta la formación profesional, con el fin de contribuir a disminuir y eliminar la brecha entre lo que sucede

de hecho y lo que establece el derecho. Se debe dar especial énfasis a la capacitación y sensibilización de los profesionales que trabajan con personas con discapacidad como abogados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales etc.

## **Segunda**

En el ámbito del derecho civil, la interdicción y la curaduría deben ser una esfera prioritaria de examen y reforma. Además de derogar las normas que violan el deber del Estado ecuatoriano de respetar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho.

Con prioridad debe legislarse sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en concordancia con el paradigma de derechos humanos, y de forma paralela se debe eliminar las concepciones obsoletas en esta materia; sobre todo, las que refuerzan el paradigma médico.

## **Tercera**

En muchas situaciones se considera que las propias familias y/o amigos constituyen una barrera en el desarrollo de la autonomía de las personas con discapacidad. Por ello se recomienda realizar un trabajo interno, en el propio grupo de población de las personas con discapacidad y sus familias, para vencer las resistencias que podría producir el desconocimiento del nuevo paradigma. En este sentido, se aboga por los servicios especializados que deben brindar el Ministerio de Inclusión Económica y Social, el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, la Secretaría Técnica de Discapacidades, la Defensoría Pública y la Defensoría del Pueblo.

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada desde la más temprana edad, por la familia, la sociedad y, en general por las diversas estructuras del Estado (educación, salud, entre otras.), a fin de que se fomenten las habilidades personales y sociales necesarias para el ejercicio de su propia voluntad, la autodeterminación de su propio proyecto de vida y, en el momento legalmente indicado, el de la capacidad jurídica con los apoyos y adecuaciones que sean necesarios.

Además, se debe permitir que las personas con discapacidad y los tejidos sociales en torno a la discapacidad conduzcan y orienten el proceso de reforma,

armando alianzas favorables con cualquier agente político, jurídico o social que ayude a conseguir el objetivo en las mejores condiciones.<sup>290</sup>

#### **Cuarta**

Una vez lograda la reforma normativa, se sugiere que en los procesos judiciales de toma de apoyos en la toma de decisiones, los jueces determinen en cada caso concreto el espectro de decisiones autónomas que puede tomar la persona con discapacidad y aquellas en las que necesita apoyo. Teniendo en cuenta que lo principal no es la protección del patrimonio sino la potenciación de los más altos niveles de autonomía, para que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones.

Para determinar los mecanismos de apoyo, el juez no sólo debe tener en cuenta el criterio médico de los peritos, sino principalmente el de la persona con discapacidad, la familia, sus amigos, allegados, profesores, compañeros, y todos los puedan proporcionar al juez, los elementos para hacerse una idea sobre las posibilidades reales, concretas e individuales de la persona con discapacidad.

#### **Quinta**

Para que el sistema de apoyo en la toma de decisiones cumpla su cometido y resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales. Para que ello sea posible, es necesario considerar diferentes tipos de apoyos, discapacidad, y acto jurídico.

Es preciso establecer las posibilidades de comunicación de la persona, también se debe diferenciar entre actos trascendentales y actos ordinarios de la vida común; y poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular. Por ejemplo, disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación y la posibilidad de un asistente personal, de un familiar, de un grupo de amigos, de una asociación, o la de un defensor.

Para la determinación de mecanismos de apoyo adecuado, también se debe tener en cuenta la edad, el género, entre otros factores.

---

<sup>290</sup> LUIS, Cayo Pérez Bueno, La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español Artículo contenido en el libro Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, coordinado por Franciso Bariffi y Agustina Palacios, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2012, p 167 – 168

## **Sexta**

El sistema de apoyos y salvaguardas dispuesto por el art. 12 de la CDPD tiene un largo camino por recorrer para que se haga efectivo en el país. Sin embargo, se recomienda que el juez aplique la CDPD, pues es la norma más favorable a las personas con discapacidad y es parte del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, se recomienda que el Poder Judicial garantice los derechos de las personas con discapacidad y no permita que se produzcan violaciones a derechos constitucionales, como en los expedientes analizados.

Finalmente, hasta que se realice la reforma judicial, se deben desarrollar acciones jurídicas orientadas a la no aplicación de las normas contenidas en el Código Civil y leyes conexas, que lesionan los derechos de las personas con discapacidad; por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad contra la interdicción y la curaduría y una estrategia generalizada de interposición de habeas corpus a favor de personas institucionalizadas.

## **Bibliografía**

### **1. Instrumentos y normas legales**

#### **1.1 Instrumentos Internacionales**

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer
- Declaración de los derechos del retrasado mental,
- Declaración de los derechos de los impedidos,
- Programa de acción mundial para las personas con discapacidad,
- Las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad,
- Los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental,
- Principios, Orientaciones y Garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales,
- Los derechos humanos y las personas con discapacidad.
- Derechos Humanos y Discapacidad.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

#### **1.2 Normativa ecuatoriana**

- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Código Civil. Registro oficial suplemento 46 de 224 de junio de 2005.
- Código de procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.
- Ley Orgánica de Discapacidades. Registro Oficial Suplemento 796 de 25 de septiembre de 2012.
- Ley notarial. Decreto Supremo 1404. Registro Oficial 158 de 11 de noviembre de 1966.
- Resolución de la defensoría del pueblo. Defensor de los derechos de la tercera edad y discapacitados. Registro Oficial 164 de 15 de septiembre de 2000.
- Reglamento Interno de las unidades de salud mental. Acuerdo Ministerial 5259. Registro oficial 440 de 15 de mayo de 1981.

- Reglamento del Hospicio y Manicomio de Quito, Acuerdo Ministerial, Registro oficial de 16 de mayo de 1925, modificado 25 de abril de 1972.

## 2. Doctrina

### 2.1 Libros

- Aguado Díaz Antonio León. *Historia de las deficiencias*. Madrid, Escuela Libre Editorial Fundación Once, 1995.
- Alarcos Francisco J. *Bioética global, Justicia y Teología Moral*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005.
- Barranco Avilés María del Carmen. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid, Dykinson, 2010.
- Barranco María del Carmen. *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad*. Alcalá, Universidad de Alcalá, 2012.
- Campoy Cervera Ignacio. *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*. Madrid, Dykinson, 2006.
- Cuenca Gómez Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2010.
- De Asís Rafael. *Sobre la discapacidad*. Madrid. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2009.
- Egea García Carlos y Sarabia Sánchez Alicia. *Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad*. Murcia. Boletín del Real: Patronato sobre Discapacidad, nº 50, 2001.
- Ferrajoli Luigi. *Igualdad y diferencia. Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta. 2003.
- Fundación Salud 2000. Coordinación de Javier Sánchez Caro y Fernando Abellán, *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*. Madrid, Fundación Carmen Pardo Valcarce, 2012.
- González Ramos Alonso Karim. *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. México, D.F, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2010.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Derechos de las personas con discapacidad: Módulo 6*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

- Martín Santiago. *La Protección en el Sistema Interamericano a las personas con discapacidad*. en Igualdad No discriminación y Discapacidad de Eduardo Jiménez. Buenos Aires, Editorial Ediar 2006.
- Melgar Lucía. “Por una cultura de la minusvalía”, en Revista *Información Científica y Tecnológica*, v. 9, núm. 129, México, 1987.
- Palacios Agustina y Bariffi Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2007.
- Palacios Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Grupo Editorial Cinca, 2008. p. 37
- Pérez Bueno Luis Cayo. *La Transversalidad de género en políticas públicas*. Madrid, Grupo Editorial Cinca, 2012.
- Pérez Bueno Luis y A. Sastre. *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael De Lorenzo*. España, 2012.
- Seoane José Antonio. “Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma”. *Siglo Cero, Revista española sobre discapacidad intelectual* Vol 35 (1), Num 209, Salamanca, 2004.
- Velho Martel Leticia de Campos. *Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto desde la Óptica de una Gramática Constitucional Inclusiva*, Sao Paulo, Sur Revista Internacional de derechos humanos 2011.
- Vivas Teson Inmaculada. *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Observatorio estatal de la discapacidad, 2012.
- Zeballos Arévalo Ricardo. *Inclusión social de las personas con discapacidad. Memoria del Seminario Internacional Inclusión Social de las Personas con Discapacidad: Una tarea pendiente*. La Paz, Canasta de Fondos, 2008.

## 2.2 Pronunciamientos de Organismos Internacionales

- Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. *Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones*

*Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, OEA/Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1, 28 abril 2011.

- Consejo de Derechos humanos. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*, A/HRC/4/75, 17 de enero de 2007.
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones Finales 2011.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General No. 1. Artículo 12: Igualdad de Reconocimiento ante la ley*. 11º período de sesiones. 30 de marzo a 11 de abril 2014.
- Consejo de Derechos Humanos. *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. A/HRC/10/48, 26/1/2009.
- Organización Mundial de la Salud. *Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, IMSERSO, 1997.
- Organización Mundial de la Salud. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Madrid. IMSERSO., 2001
- Paúl Hunt. Informe del Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute de más alto nivel posible de salud física y mental. (ONU). Doc E/CN/2005/51, 14 de febrero de 2005.
- Manfred Nowak. Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), A/63/175.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, No discriminación, CCPR/C/37.10 de noviembre de 1989.
- International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **3. Jurisprudencia**

#### **3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
- Opinión Consultiva OC 1/82 del 24 de septiembre de 1982, "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"
- Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Serie A No. 4
- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Serie A No. 18. párr. 61.

### **3.2 Corte Europea de Derechos Humanos**

- Caso Shtukaturov vs. Russia, Aplicación N° 44009/05. Sentencia del 27 de marzo de 2008.
- Caso Alajos Koss v Hungría, Aplicación No. 38832/06, Sentencia de 20 de agosto de 2010.
- Caso Salontaji-Drobnjak vs Serbia, Aplicación No. 36500/05, Sentencia de 13 de octubre de 2009.
- Caso X vs Croacia, Aplicación No. 11223/04, Sentencia de 17 de julio de 2008.
- Caso Mikhaylenko vs. Ucrania, Aplicación No. 49069/11. Sentencia del 30 de mayo de 2013.
- Caso Zehentner vs. Austria, Aplicación No. 20082/02, Sentencia de 16 de julio de 2009.
- Caso DD vs Lituania, Aplicación No.13469/06, Sentencia de 14 de febrero de 2012.

- Caso Stanev vs Bulgaria, Aplicación No.36760/06, Sentencia de 17 de enero de 2012.

### 3.3 Corte Constitucional Colombiana

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-478/03, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 numeral 3, 545, 554 y 560 (parciales) del Código Civil colombiano.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-881/02. Principio de Dignidad Humana. Sentencia e 17 de octubre de 2002 F.J. No. 10

### 4. Páginas de Internet

- Commissioner for Human Rights, *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*. Internet: [www.ceramiasturias.org/archivos/102\\_348585011.pdf](http://www.ceramiasturias.org/archivos/102_348585011.pdf). Acceso: (17/12/2013)
- Courtis Christian, *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?* Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2468/10.pdf>. Acceso: (27/11/2014)
- Cuenca Gómez Patricia. *Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reflexiones a luz de la observación general del comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Revista Electrónica Iberoamericana, Vol 5, Num 2, 2011. Internet: [www.urjc.es/ceib](http://www.urjc.es/ceib). Acceso (18/11/2013)
- Diccionario de la Real Academia Española. Internet: <http://www.rae.es/rae.html>. Acceso: (07/10/2014)
- Ruiz Acosta Francisco. *¿Sabes realmente qué es un paradigma?*. Revista Iberoamericana de Rehabilitación. Internet: <http://www.rieoei.org/deloslectores/819Acosta.PDF>. Acceso: (03/01/2014)
- Vilhena Vieira Oscar. *La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho*. Internet: [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo\\_vieira.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos6/esp/artigo_vieira.htm). Acceso: (18/06/2014).

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Alex David Guashpa Gómez, C.I 1310851009 autor del trabajo de graduación, intitulado: "INCOMPATIBILIDAD DE LA INTERDICCIÓN Y CURADURÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y PSICOSOCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO CON LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA NORMATIVA", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del trabajo referido de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 6 de mayo de 2015



131085100-9

FIRMA Y CÉDULA

REPÚBLICA DEL ECUADOR  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **131085100-9**

APellidos y Nombres  
**GUASHPA GOMEZ ALEX DAVID**

Lugar de Nacimiento  
**ESMERALDAS  
ESMERALDAS  
ESMERALDAS**

Fecha de Nacimiento **1990-04-14**

Nacionalidad **ECUATORIANA**

Sexo **M**

Estado Civil **Soltero**



INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E133311122

APellidos y Nombres del Padre  
**GUASHPA SAGNAY JOSE MANUEL**

APellidos y Nombres de la Madre  
**GOMEZ B CONCEPCION LUSBEIDA**

Lugar y Fecha de Expedición  
**QUITO  
2011-07-26**

Fecha de Expiración  
**2021-07-26**



000711959



DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO

