
Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino*

» JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE**

RESUMEN. La regulación civil de la capacidad de ejercicio se ha visto transformada por las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad. En este trabajo se indagan las proyecciones de dichos cambios en tres aspectos: la tensión entre autonomía y protección, las transformaciones en relación con los representantes y apoyos, y el desborde de la noción civilista de

* Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2018. Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2019. Para citar el artículo: LAFFERRIERE, J. N., “Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 38, enero-junio 2020, 51-87, doi: 10.18601/01234366.n38.03.

Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo código civil y comercial: entre la autonomía y la protección”.

** Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina; profesor. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Contacto: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar Orcid: 0000-0003-2600-2226.

capacidad de ejercicio asociada a los actos jurídicos. Se toma como ejemplo para el análisis el ordenamiento jurídico argentino y se formulan conclusiones referidas a la posibilidad de una regulación común.

PALABRAS CLAVE: capacidad jurídica, derechos del niño, personas con discapacidad, apoyos para la toma de decisiones.

Conventions on the Rights of Children and on the Rights of Persons with Disabilities and their Projections Regarding the Civil Regulation of Legal Capacity

ABSTRACT. The civil regulation of legal capacity has been transformed by the conventions on the rights of the child and on the rights of persons with disabilities. In this paper we investigate the projections of these changes in three aspects: the tension between autonomy and protection, the transformations in relation to representatives and support-decision making systems, and the overflow of the civilian notion of exercise capacity associated with legal acts. The Argentine legal system is taken as an example for the analysis and conclusions are made regarding the possibility of a common regulation.

KEYWORDS: Legal Capacity, Children's Rights, Persons with Disabilities, Support-decision Making.

SUMARIO. Introducción. I. Los tratados internacionales de derechos humanos y la transformación de la regulación civil de la capacidad de ejercicio. II. La tensión entre autonomía y protección en la regulación civil de la capacidad de ejercicio. III. Las transformaciones en relación con los representantes y apoyos. IV. El desborde del sistema civilista centrado en los actos jurídicos. V. ¿Una misma capacidad? Reflexiones conclusivas. Referencias.

Introducción

Entre las proyecciones más importantes de las convenciones internacionales de derechos humanos en la legislación civil de cada país se encuentran los cambios en relación con la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad. Sobre todo, a partir del reconocimiento de la tutela de la dignidad humana como principio fundamental del ordenamiento jurídico, se procura impulsar que las personas pueden tomar por sí mismas las decisiones vinculadas con el ejercicio de sus derechos. Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre

de 1989^[1], como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), aprobada por resolución de la misma Asamblea General A/RES/61/106 el día 13 de diciembre de 2006^[2], han generado cambios importantes a este respecto³.

Según la doctrina civilista clásica, la capacidad jurídica presenta dos aspectos: la titularidad de derechos y obligaciones, comúnmente denominada “capacidad de derecho”, y el ejercicio de los derechos y la celebración de relaciones jurídicas, también denominado “capacidad de ejercicio”⁴.

Tobías explica la noción de capacidad de derecho o capacidad jurídica como “la aptitud potencial de ser titular de los intereses, derechos y deberes jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce por su sola condición humana –sin exclusiones originarias debido a factores discriminatorios– y aquellos específicos que emanan de su estado o posición social”⁵.

Como sostiene Hernán Corral Talciani, “el derecho, al reconocer a la persona, debe garantizarle una esfera de poderes jurídicos que incluirá una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas. El derecho da así significación jurídica a la persona que existe como tal con anterioridad a él, y por ello tales atributos sólo pueden corresponder al ser humano y a todos los seres humanos”⁶.

Por su parte, la capacidad de ejercicio se vincula con la aptitud para poner en obra los derechos y entablar relaciones jurídicas. Como exigencia de la dignidad humana⁷ valoramos que la persona misma, poniendo en juego su libertad, sea quien despliegue relaciones jurídicas para alcanzar su plenitud. Justamente en torno a ese despliegue realizado por la propia persona se configura la llamada capacidad de

1 Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

2 Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>

3 Ciertamente, también en cuanto a la capacidad de la mujer se produjeron distintas transformaciones durante el siglo XX con relación a su capacidad de ejercicio. Este trabajo se concentra en los cambios que se han operado en torno a los niños y las personas con discapacidad, sobre todo entre finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

4 Para Tobías, no es correcto hablar de una misma capacidad, pues entiende que existen profundas diferencias entre la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. Véase TOBIAS, J. W., “Tomo I. Arts. 1 a 224”, en *Código civil y comercial comentado. Tratado exégetico*, ALTERINI, J. H. (dir.) ALTERINI, I. (coord.), 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, 204-206. Por nuestra parte, dejaremos abierto el punto para ulteriores reflexiones y asumiremos el enfoque civilista clásico para este trabajo.

5 *Ibíd.*, 189.

6 CORRAL TALCIANI, H., *Derecho civil y persona humana*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2007, 34-35.

7 En torno a la noción de dignidad se verifica una creciente disputa entre, por un lado, quienes entienden la dignidad como autonomía, con fundamento en un enfoque kantiano, y por el otro, quienes entienden la dignidad como excelencia en el ser. Véase HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2005. Esta controversia subyace al tema que analizamos, pero será motivo de profundización en otro trabajo. Por nuestra parte, adherimos a la postura que enfatiza la dimensión ontológica de la dignidad, sin que ello signifique una minusvaloración de la libertad, que encuentra su perfección en la realización de los fines inherentes a su ser.

ejercicio. La conexión entre dignidad y capacidad de ejercicio ha significado un renovado énfasis en que sea la propia persona la que ejerza sus derechos⁸.

Al mismo tiempo, esta aptitud para ejercer los derechos parte de reconocer que el ser humano es un ser en relación. Para el despliegue de sus potencialidades requiere de los demás seres humanos. Esa “dependencia” comienza desde la concepción, en tanto el ser humano viene a la existencia como resultado de un don y por la intervención de quienes son sus padres. Esa “dependencia” continúa hasta la muerte con distinto grado de “intensidad”. Desde la mayor dependencia que significa la etapa prenatal y la primera infancia, hasta la relativa “independencia” de la adultez, resurgiendo al final de la vida una mayor dependencia por las vulnerabilidades de la vejez.

La capacidad de ejercicio emerge como una categoría central de la codificación civil en relación con el despliegue de la personalidad en el campo de los actos jurídicos. Con la aparición de los tratados de derechos humanos vinculados con la niñez y las personas con discapacidad se observa una acentuación de la autonomía individual para la toma de decisiones y el desarrollo del proyecto de vida.

Existen distintos estudios que han profundizado el tema de las transformaciones operadas en relación con cada uno de esos grupos en materia de capacidad de ejercicio⁹. Ahora bien, en este trabajo nos proponemos un abordaje común de ambos grupos, sobre todo para profundizar en los cambios que se han operado en torno a

8 Respecto a la noción de derecho que constituye el marco teórico de este trabajo, entre muchos autores que integran la escuela iusnaturalista nos remitimos a los trabajos de Massini Correas, en particular, MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho*, t. I, *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2.^a ed., Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2005.

9 Respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño véanse, entre muchos otros: PRICE COHEN, C., “The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child”, *St. Thomas Law Review*, 6, n.º 1, 1993, 1-66, disponible en: <http://www.law.newark.rutgers.edu/files/u/LeubsdorfNYULRevArticle.pdf>; LANSDOWN, G., *The Evolving Capacities of the Child*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Save the Children - UNICEF, 2005; HODGKIN, R. y NEWELL, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3.^a ed., Geneva, United Nations Children’s Fund, 2007. Respecto a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podemos mencionar: BACH, M. “The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, Toronto, Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009, disponible en: http://www.supportedemployment.ca/en/images/employment-program-best-practices_iris.pdf%5Cnhttp://irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf; BACH, M. y KERZNER, L., “A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity. Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice”, Ontario, 2010; DINERSTEIN, R., “Implementing Legal Capacity under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making”, *Human Rights Brief*, 19, n.º 2, 2012, 8-12, disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief>; DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2006, 429-462.

la noción misma de capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y las personas con discapacidad psíquica¹⁰ tal como es regulada por el derecho civil.

Comenzaremos presentando las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la capacidad de ejercicio. Luego, analizaremos sus proyecciones civiles en tres aspectos: la tensión entre autonomía y protección, las transformaciones en relación con los representantes y apoyos, y el desborde de la noción de capacidad de ejercicio asociada a los actos jurídicos. El artículo se enmarca en un proyecto de investigación referido a la temática de la capacidad de ejercicio y la vulnerabilidad, de ahí que en las conclusiones nos refiramos a si es posible pensar una regulación común en el derecho civil para ambos grupos y, en caso de que así sea, con qué características. A lo largo del trabajo tomaremos como caso testigo la incidencia que estas dos convenciones han tenido en el derecho argentino.

I. Los tratados internacionales y la transformación de la regulación civil de la capacidad de ejercicio

A. La Convención sobre los Derechos del Niño

Entre las proyecciones que tuvo para los distintos países la CDN se encuentra el impulso a una revisión de las regulaciones civiles de la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad. Esta Convención, antes de comenzar con la enunciación concreta de los distintos derechos (arts. 6 ss.), procura dar un marco normativo a la decisiva cuestión de cómo conciliar los derechos de las personas en su niñez con la centralidad de las responsabilidades, derechos y deberes de los padres. Así, el artículo 5 dispone:

Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

El artículo ha dado lugar a una expansión en el derecho civil de la llamada “capacidad progresiva”, que supone ir concediendo a las personas menores de edad sucesivas autorizaciones jurídicas para ejercer por sí los derechos reconocidos por la Convención conforme a la “evolución de sus facultades”. Esta frase también aparece en el artículo 14 CDN referido a la libertad religiosa. En tal sentido, el reconocimiento

10 Este trabajo se concentra en las personas con discapacidad mental o intelectual. A ellas nos referimos cuando hagamos mención genérica a personas con discapacidad.

de derechos que ellas ejercen por sí mismas se presenta como una novedad de la CDN. Para Cohen, mientras que antes de la CDN había un esquema centrado en derechos de cuidado y protección para los niños, en la redacción final de la CDN se incorporan nuevos derechos individuales para el niño, entre los que se incluye todo lo referido a la toma de decisiones según la evolución de sus capacidades¹¹. Estos derechos suponen que la CDN enfatiza a los niños como los titulares de la capacidad de ejercicio de ciertos derechos.

En relación con la capacidad, tenemos que mencionar además el artículo 12 CDN que obliga a los Estados a garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Al respecto, para Lansdown, el proceso de toma de decisiones comprende cuatro niveles: estar informado, expresar una opinión informada, que esa opinión sea tenida en cuenta y ser el principal decisor o co-decisor¹². Este autor explica que el artículo 12 no llega al cuarto nivel y, en cambio, el artículo 5 implica una transferencia de responsabilidad en la toma de decisiones desde la responsabilidad de los padres al niño, en la medida que el niño adquiere competencia y quiere tomar las decisiones¹³. Por su parte, comentando el artículo 12, Krappmann entiende que la responsabilidad final permanece en el adulto y enfatiza que, si el acuerdo o decisión resulta perjudicial, los adultos involucrados responderán por las consecuencias jurídicas¹⁴.

No se puede ignorar que la CDN de alguna manera refleja una tensión que siempre existió en el derecho civil. En efecto, con una arraigada tradición, el esquema jurídico civilista de aproximación a la realidad de las personas menores de edad suponía, como marco general, que ellas eran incapaces y que sus padres ejercían su representación. Sin embargo, ese esquema enfrentaba la innegable tensión entre el crecimiento y maduración de las personas menores de edad y la necesidad de concederles progresivas potestades para que puedan comenzar a desplegar su personalidad.

La Convención no podía sostener que los niños ejercían por sí todos los derechos que se les reconocen. En primer lugar, porque ella comprende a todos los seres humanos hasta los 18 años, y ello supone que en las etapas tempranas de la vida (incluso en la prenatal, a tenor del artículo 24) existe una inmadurez que impide tal ejercicio. Ahora bien, pensar que los derechos solo son reconocidos si el niño o la

11 PRICE COHEN, C., “The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child”, *St. Thomas Law Review*, 6, n.º 1, 1993, 1-66, 19, disponible en: <http://www.law.newark.rutgers.edu/files/u/Leubsdorf-NYULRevArticle.pdf>.

12 LANSDOWN, *The Evolving Capacities of the Child*, cit.

13 *Ibíd.*

14 KRAPPMANN, L., “The Weight of the Child’s View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *International Journal of Children’s Rights*, 18, n.º 4, 2010, 508, doi: 10.1163/157181810X528021.

niña “puede” ejercerlos por sí supondría una inconsistencia con la noción misma de la Convención que busca proteger a todas las personas incluidas en su jurisdicción, ya sea que estén en condiciones de ejercer por sí los derechos o que no lo estén. En este sentido, el Preámbulo de la CDN, citando la Declaración de los Derechos del Niño, tiene presente que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. De allí que, para Lansdown, el artículo 5 no revierte la presunción de incompetencia en los niños, pero genera una carga probatoria en los Estados parte en el sentido de mostrar que se respetan las capacidades de los niños¹⁵. Justamente este derecho a la protección contra acciones que les provoquen daños, los priven de derechos o vulneren sus intereses entra en juego en la regulación de la capacidad, pues una de las funciones de la incapacidad civil de las personas menores de edad es evitar que adultos inescrupulosos puedan aprovecharse de su inmadurez. Según la noción clásica del derecho civil, la incapacidad de ejercicio no es una sanción, sino que es puesta en beneficio de la persona menor de edad para su protección.

En segundo lugar, porque los niños vienen a la vida en el seno de una familia y los derechos y responsabilidades de los padres no son una concesión del legislador o de la Asamblea de las Naciones Unidas, sino que son un dato de la realidad que se vincula con la misma noción de dignidad. De hecho, los padres ocupan un lugar central en la CDN, hasta el punto de que en el artículo 3 se expresa:

... 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Igualmente, el artículo 18 de la CDN dispone:

Artículo 18.1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Lógicamente, la niñez es una etapa de la vida que conlleva maduración y, por ende, una creciente armonización entre las responsabilidades de los padres y ese crecimiento de los niños. Los padres tienen como misión acompañar, guiar, orientar y dirigir al niño para que alcance su plena madurez y pueda desplegar su dignidad en la vida social. Ahora bien, el legislador no puede eliminar en forma voluntarista estas dimensiones de la crianza de una persona, pues es un dato de la realidad de la vida,

15 LANSDOWN, *The Evolving Capacities of the Child*, cit.

en tanto los padres engendran y educan a sus hijos, quienes, a su vez, como personas, van adquiriendo progresivamente la madurez y el discernimiento necesarios para desplegarse por sí mismos en la familia y la sociedad. Ello excluye tanto la consideración de una total incapacidad de las personas hasta los 18 años como la completa capacidad desde el primer momento de su existencia.

En tal sentido, Lansdown señala que uno de los desafíos más importantes de la CDN es la necesidad de balancear los derechos del niño a una protección apropiada y adecuada con sus derechos a participar y tomar decisiones en los campos en que son competentes¹⁶.

Un factor fundamental de la intervención de los padres es que a ellos corresponde la tarea de formación y educación de la persona menor de edad, a cuyo fin la CDN les reconoce su potestad de dirección y orientación. En efecto, el niño no puede ejercer por sí muchos derechos porque todavía está en la etapa educativa. Pretender que ya los comience a ejercer es lanzarlo al entramado de relaciones sociales sin estar adecuadamente provisto de los elementos fundamentales que garantizan la crianza y la educación.

El impacto de la CDN ha llevado a distintos países a revisar su legislación. Según Lansdown, hay cuatro posibles modelos de regulación de la capacidad civil de las personas menores de edad: límites por edad fijados por ley; ningún límite de edad y un sistema de determinación individual de la madurez de cada niño para ejercer un derecho en particular; un modelo que incluye límites de edad por ley pero que permite al niño demostrar competencia y adquirir un derecho a una edad menor; un límite de edad para aquellos derechos que se presentan como más riesgosos para abusos y negligencia de los adultos, introduciendo un sistema de presunción de competencia en los demás derechos¹⁷. Sin embargo, aclara que no es posible adoptar una prescripción universal sobre cuáles son las edades en las que adquieren competencias con respecto a su desarrollo cognitivo, moral, social o emocional. Por su parte, Hafén llama la atención sobre el hecho de que rechazar clasificaciones de los niños basadas en la edad mina la autoridad de los padres, porque otorga a un juez la tarea de medir la madurez, cuando en realidad debería ser una tarea propia de los padres¹⁸. Barcia Lehmann, a su vez, entiende que para delimitar en qué casos el niño debe ser escuchado se requiere que tenga “suficiente juicio”, mientras que para que se lo autorice a actuar por sí mismo se requiere que existan “condiciones de madurez”¹⁹.

16 Ibid.

17 Ibid.

18 HAFÉN, B. y HAFÉN, J., “Abandoning Children to their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Harvard International Law Journal*, 37, n.º 2, 1996, 449-491, 465, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/hilj37&page=449&collection=journals>

19 BARCIA LEHMANN, R., “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, [en línea], *Ius et Praxis*, 2013, 19, 2, 3-51, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337002> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

Si tomamos como ejemplo el caso de Argentina, ya desde 1968 el código civil reconocía en el artículo 55 a los “menores adultos”, es decir, quienes eran mayores de 14 años y menores de 21, la capacidad para ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les concedía realizar. Luego de la Convención, aprobada por Ley 23849 (BO 22/10/90) y que cuenta con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22 CN), un primer cambio importante se verificó con la sanción de la Ley 26061, de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (BO 26/10/2005), que incorporó distintos derechos que ejercen por sí, incluyendo el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 24). Por Ley 26579 (BO 22/12/2009) se redujo la mayoría de edad a los 18 años, marcando también un avance en línea con lo dispuesto por la CDN. Continuando esta tendencia, la sanción del código civil y comercial (BO 8/10/2014, en adelante c.c. y co.) afirma en el artículo 24 que “son incapaces de ejercicio: “... b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2.^a de este Capítulo”. Por su parte, la Sección 2.^a se titula “Persona menor de edad” y comienza con dos definiciones: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años” (art. 25 c.c. y co.). Luego, sostiene que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26 c.c. y co.). El código civil y comercial también reformuló las normas sobre la anteriormente denominada “patria potestad”, utilizando ahora la expresión “responsabilidad parental” (arts. 638 ss. c.c. y co.). Así, se puede concluir que se mantuvo un esquema básico de incapacidad para las personas menores de edad pero se incorporó explícitamente la noción de autonomía progresiva (art. 639 c.c. y co.), y en distintos artículos fue admitiendo que estas personas puedan tomar por sí distintas decisiones (p. ej., en materia de actos médicos, art. 26 c.c. y co.)²⁰. El código civil y comercial conjuga la expresión “autonomía progresiva” con referencias a la necesidad de que la persona tenga edad y grado de madurez suficiente para la toma de decisiones determinadas²¹.

20 Sobre el tema, véase CARRANZA, G. G. y ZALAZAR, C. E., “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 36, 2019, 29-55; LAFFERRIERE, J. N., “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, *Revista de Derecho*, [S.I.], n.º 16, 67-100, noviembre, 2017, disponible en: <https://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/articulo/view/1353>, doi: 10.22235/rd.v0i16.1353. Se problematiza la regulación del artículo 26 c.c. y co., con relación a si la práctica de la psicoterapia es un procedimiento invasivo o no, y a si los padres deben tener conocimiento o no de que el niño/a o el adolescente lo está realizando, en HERMOSILLA, A. M.; CATALDO, R. y BOGETTI, C., “Los derechos humanos y su impacto en la nueva legislación sobre salud mental”, *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines*, vol. 12, noviembre, 2015, 61-68.

21 Sobre la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad en el nuevo código civil y comercial, véase: COBAS, M., “Comentario a los artículos 22 a 30”, en LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código civil y comercial comentado*, 2.^a ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 115; OLMO, J. P., “Comentario a

En síntesis, la CDN ha impulsado una revisión de la tradicional noción de capacidad de ejercicio para enfatizar la llamada “autonomía progresiva” de las personas menores de edad en orden a que puedan entablar relaciones jurídicas y ejercer derechos por sí mismas.

B. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD también se refiere a la temática de la capacidad jurídica. En su artículo 12 establece:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

los artículos 22 a 50”, en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, 79; TOBIAS, “Tomo I. Arts. 1 a 224”, cit., 207. Un grupo de autores entiende que las personas menores de edad están regidas por una regla de capacidad y que la incapacidad sería la excepción; véase, p. ej., FAMÁ, M. V., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley*, n.º 20/10/2015, 2015, 1-19.

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.

El impacto del artículo 12 CDPD y el reconocimiento de base de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad es tal vez el aspecto más significativo introducido por la Convención²² y sus implicaciones son numerosas, requiriendo una revisión integral de la legislación vigente²³. Los ejes de la transformación de la capacidad jurídica que impulsa el artículo 12 son: la promoción de la autonomía de la persona; la adopción de un modelo de apoyos²⁴; la igualdad jurídica en materia de capacidad²⁵, y las salvaguardias para evitar abusos que sean proporcionadas, adaptadas a la persona y revisables periódicamente²⁶. Para Quinn, el artículo 12 no se limita a evitar que terceros o el Estado se aprovechen de las personas con discapacidad, sino que les abre espacios para la toma positiva de decisiones sobre su vida²⁷. A su turno, Agustina Palacios realiza un pormenorizado estudio de la gestación del artículo 12 y remarca la importancia y centralidad de la igualdad en torno a la “capacidad jurídica”, término que engloba tanto la capacidad de derecho como la capacidad de hecho o de ejercicio²⁸.

Dinerstein explicita la vinculación que existe entre el artículo 12 y otras disposiciones de la Convención, entre las que enumera el Preámbulo, el artículo 3 sobre los principios generales, el artículo 5 sobre igualdad y no discriminación, el artículo 19 sobre vida independiente e inclusión en la comunidad, el artículo 23 sobre respeto por el hogar y la familia, el artículo 25 sobre salud y el artículo 26 sobre habilitación

-
- 22 QUINN, G., “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD”, en *HPOD Conference, Harvard Law School*, Boston, 2010, 22, disponible en: http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html
- 23 WELLER, P., “Reconsidering Legal Capacity: Radical Critiques, Governmentality and Dividing Practice”, *Griffith Law Review*, 23, n.º 3, 2014, 498-518, 501, doi: 10.1080/10383441.2014.993499.
- 24 FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, n.º 1, 2014, 124-143, doi: 10.15779/Z38494G.
- 25 BACH, “The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, cit., 2.
- 26 VER KRAUT, A. J., “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”, *La Ley*, n.º 6-6-2012, 2012, 1; BERBERE DELGADO, J. C., “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, septiembre, 2014, 184.
- 27 QUINN, “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD”, cit., 5.
- 28 PALACIOS, A., “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Ediar, 2012, 226.

y rehabilitación²⁹. Dhanda también llama la atención sobre la necesidad de leer el artículo 12 a la luz de toda la Convención y se refiere a los párrafos (n) y (j) del Preámbulo, además de a los artículos 23, 25 y 29³⁰.

La relevancia del artículo 12 se puede advertir en tanto fue eje de la primera observación general emanada del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Observación General n.º 1, CRPD/C/GC/1, 19-5-2014³¹). En este documento se impulsó la adopción del llamado “modelo de apoyos”, entendiendo que “la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos” (párr. 28).

A diferencia de lo sucedido con la CDN, creemos que el impacto de la CDPD en las legislaciones nacionales en materia de capacidad es mucho más profundo, aun cuando todavía están en marcha distintos procesos de revisión de las normas civiles sobre capacidad de ejercicio³².

Para retomar el ejemplo de Argentina, cabe consignar que la CDPD se aprobó por Ley 26.378 (BO 9-6-2008) y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional por Ley 27.044 (BO 22-12-2014). En el momento de su sanción, el código civil contemplaba dos posibles figuras en relación con la capacidad de ejercicio de personas con discapacidad: la incapacidad y la inhabilitación. En la incapacidad, se designaba un curador que actuaba como representante para todos los actos de la vida civil de los incapaces. La inhabilitación, que comprendía tres casos (adiciones, discapacidad mental y prodigalidad), funcionaba con base en un sistema básico de capacidad con la designación de un curador con funciones de asistencia para actos vinculados con la administración o disposición de los bienes. Luego de la CDPD, en 2010, por Ley 26657, de Salud Mental (BO 3-12-2010), se modificó el entonces vigente código civil y se incorporó el artículo 152 *ter* que básicamente estableció que: a) las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad tenían que estar fundadas en un examen médico con evaluaciones interdisciplinarias; b) la sentencia tenía que especificar las funciones y actos que se limitaban, procurando

29 DINERSTEIN, R.; GREWAL, E. G. y MARTINIS, J., “Emerging International Trends and Practices in Guardianship Law for People with Disabilities”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 22, 2016, 444.

30 DHANDA, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, cit., 461.

31 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11.º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General n.º 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n.º 17. Véase, al respecto, ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law”, *The International Journal of Human Rights*, 20, n.º 4, 2016, 471-490, doi: 10.1080/13642987.2015.1107052.

32 LORD, J. E. y STEIN, M. A., “The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Washington Law Review*, 83, n.º 4, 2008, 449-479; DINERSTEIN, GREWAL y MARTINIS, “Emerging International Trends and Practices in Guardianship Law for People with Disabilities”, cit.

que la afectación de la autonomía personal fuera la menor posible; c) la sentencia debía ser revisada cada tres años.

En esta materia, y durante el proceso de elaboración del nuevo código civil y comercial, en 2012 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresó “su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el Estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención”³³. Estas recomendaciones fueron tomadas en cuenta, y cuando se sancionó el código civil y comercial (Ley 26994, BO 8-10-2014) se procuró incorporar explícitamente el modelo de apoyos para la toma de decisiones, acotando los casos de incapacidad y representación a supuestos muy excepcionales en los que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, haciendo que el sistema de apoyos resulte ineficaz (art. 32, *in fine*).

En síntesis, la CDPD, por medio de su artículo 12 y de las recomendaciones del Comité de la Convención, impulsó una transformación de las reglas sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para acentuar la autonomía.

II. La tensión entre autonomía y protección en la regulación civil de la capacidad de ejercicio

Los desarrollos anteriores nos permiten constatar algunas transformaciones que las convenciones han impulsado en relación con la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad. Como ya adelantamos, el objetivo de este trabajo es indagar las proyecciones de estos cambios en tres aspectos de la regulación civil: la tensión entre autonomía y protección, las transformaciones en relación con los representantes y apoyos, y el desborde de la noción de capacidad de ejercicio asociada a los actos jurídicos. Comenzamos el análisis sobre la tensión entre autonomía y protección considerando las diferentes vulnerabilidades que presentan ambos grupos, los diferentes regímenes de base y la distinción entre derechos de protección y derechos de opción.

A. Autonomía y protección para vulnerabilidades diferentes

Como hemos visto, los cambios impulsados por la CDN y la CDPD han ido en la línea de impulsar una mayor autonomía de las personas menores de edad y de las personas

33 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1.

con discapacidad en relación con el ejercicio de sus derechos. Por cierto, tal autonomía se verifica en forma más progresiva en relación con las primeras, sobre todo por una modulación incremental del derecho a ser oído, del derecho a participar en las decisiones que le competen y, finalmente, del derecho a tomar decisiones. En las personas con discapacidad la tendencia es a enfatizar la capacidad como principio, favorecida por las medidas de apoyo y adoptando excepcionalmente salvaguardias de la capacidad para la toma de decisiones, aclarando que deben responder a la voluntad y las preferencias de la persona interesada. Para Arstein-Kerslake, la CDPD adopta un modelo de apoyos para la toma de decisiones que tiene como desafío central generar una dependencia que empodere a la persona con discapacidad manteniendo una neutralidad que le permita expresar su verdadera voluntad y preferencias³⁴.

Ahora bien, junto con la tendencia a la autonomía subyace también un reconocimiento de la vulnerabilidad de la niñez y de las personas con discapacidad que justifica la adopción de salvaguardias para evitar que sean privadas de sus derechos en forma arbitraria o que sufran abusos o malos tratos. En efecto, la CDN y la CDPD impulsan diversas medidas de protección que reconocen, como común fundamento, la vulnerabilidad que presentan tanto las personas menores de edad como las personas con discapacidad.

Para nosotros sería alejado de la realidad que se pretenda instaurar una total autonomía para ejercer por sí todos los derechos por parte de las personas menores de edad. Tal autonomía supondría dejarlas desprovistas de adecuadas formas de protección y las mismas declaraciones de derechos perderían su sentido.

El asunto se presenta como más problemático en relación con las personas con discapacidad mental o intelectual. La CDPD ha favorecido una mayor conciencia sobre la necesidad de maximizar esfuerzos para que dichas personas puedan tomar por sí la mayor cantidad posible de decisiones, acompañadas de un sistema de apoyos y de salvaguardias adecuadas. El problema se presenta con los denominados “casos difíciles”, en los que la persona no puede expresar su voluntad por ningún medio o en los que la persona pueda tomar medidas que le impliquen un daño grave. Para Series, la CDPD insta a tomar una postura neutral en punto a la discapacidad, es decir que, si se adoptan medidas para evitar que una persona se pueda dañar, no pueden estar basadas únicamente en su discapacidad, sino que tienen que ser aplicables a cualquier persona en consideración a su riesgo y vulnerabilidad³⁵. A su vez, Quinn reconoce que hace falta un re-balanceo que asegure que la esfera de protección sea proporcional³⁶. Otro estudio ha señalado que existe una paradoja en reconocer que

34 ARSTEIN-KERSLAKE, A., “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity”, *Scandinavian Journal of Disability Research*, 18, n.º 1, 2016, 78, doi: 10.1080/15017419.2014.941926.

35 SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 2015, 87, doi: 10.1016/j.ijlp.2015.04.010.

36 QUINN, “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD”, cit., 5.

una persona tiene una disminución de su capacidad de decisión y al mismo tiempo sostener que es capaz de contribuir significativamente a las discusiones sobre la toma de decisiones, de manera que se reflejen y realicen sus propios deseos³⁷. Por su parte, Arstein-Kerslake entiende que el derecho a la capacidad jurídica no significa una preferencia por la autonomía por encima de todos los otros derechos y necesidades de la persona, ni conlleva una remoción neoliberal de toda asistencia patrocinada por el Estado para las personas que necesitan apoyos para la toma de decisiones³⁸. Por su parte, Pereña Vicente advierte sobre el peligro de que “la incorporación, plausible y deseada del principio de autonomía de la voluntad no suponga una contractualización de la protección de las personas vulnerables [...] y esto puede generar graves perjuicios para la persona que, entre otras cosas, va a quedar desprotegida frente a sus propios actos que seguirán presumiéndose válidos”³⁹.

En síntesis, junto con una tendencia a enfatizar la autonomía existe una necesidad de adecuadas medidas de protección. Esas medidas están más vinculadas con los deberes y responsabilidades de los padres en el caso de los niños, mientras que hay mayores dificultades para su caracterización a la luz de la CDPD cuando se trata de personas con discapacidad.

B. Diferentes regímenes de base

La regulación jurídica debe tener en cuenta las diferencias que presentan la vulnerabilidad de la niñez y la de las personas con discapacidad. Así, la niñez se caracteriza por el pasaje de la inmadurez a la madurez, mientras que en la discapacidad mental o intelectual nos encontramos ante una vulnerabilidad que puede obedecer a distintas causas y no es igual en todos los casos.

Si abordamos el tema desde la noción de vulnerabilidad puede ayudarnos la taxonomía que al respecto propone Basset, quien distingue las situaciones “estables” de las “transitorias”, entendiendo como ventaja que “la respuesta del Estado ha de ser netamente diferenciada si la situación es estable respecto de la que permite estrategias de salida”⁴⁰. Entre las situaciones estables ubica a la niñez, la adolescencia y la juventud, las mujeres, las personas de tercera edad, y a las personas que padecen enfermedades o discapacidades físicas o mentales irreversibles. Por supuesto, estas

37 KOHN, N. A.; BLUMENTHAL, J. A. y CAMPBELL, A. T., “Supported Decision-making: A Viable Alternative to Guardianship?”, *Penn State Law Review*, 117, n.º 4, 2012, 1112-1156, disponible en: http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/dlr117§ion=40

38 ARSTEIN-KERSLAKE, A., “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity”, 80.

39 PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, n.º 26, 2010, 69-78, 78.

40 BASSET, U. C., “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en BASSET, U. C. et al. (dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2017, 37.

distinciones exceden el marco de análisis referido a la capacidad de ejercicio. A su vez, señala que aun dentro de las categorías estables existen posibles divisiones y explica que “la niñez, la adolescencia y la juventud son situaciones transitorias con evoluciones y trayectorias muy diversas que exigen la adecuación permanente de los mecanismos estatales. El adulto mayor tiene en común con el niño y el adolescente la variedad de trayectorias vitales y la evolución e involución que se advierte progresivamente en el niño y regresivamente en el adulto”⁴¹. Y agrega que pueden darse factores multiplicadores de la vulnerabilidad, en lo que se denomina la ‘interseccionalidad’ de la discriminación, de modo que un niño o adolescente en situación de riesgo puede además padecer discapacidad mental y ello supone una mayor vulnerabilidad⁴².

Fulchiron, por su parte, explica que los niños constituyen la categoría más “homogénea” de personas vulnerables y que el régimen jurídico que se les aplica es también “relativamente homogéneo”⁴³. En cambio, considera que la categoría de los *mayores vulnerables* “engloba situaciones de las más diversas: jóvenes mayores de edad con discapacidades físicas o mentales quedan colocados en posiciones difíciles [...], personas con discapacidades graves y, claro, también, personas de edad avanzada”⁴⁴.

La discapacidad puede presentarse a cualquier edad y mostrar muy diversas características. Puede estar presente en niños o niñas, en un adulto joven, en personas de mediana edad o bien en adultos mayores. Esa diversidad requiere encuadres jurídicos diferenciados y versátiles, que permitan adaptarse a la realidad de cada persona.

En este punto parece oportuno mencionar que respecto de los adultos mayores asistimos a un proceso de reconocimiento y mayor tutela de sus derechos. Es insoslayable la referencia a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁴⁵, que contempla diversas situaciones y, en el tema específico de la capacidad jurídica, incorpora una norma de redacción casi idéntica a la de la CDPD. Nuevamente podemos ver la necesidad de tratamientos diferenciados que no homologuen situaciones que son distintas. Resulta ilustrativa la

41 Ibid., 37.

42 Ibid., 39.

43 FULCHIRON, H., “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET, U. C. et al. (dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2017, 3-14, 6.

44 Ibid., 9.

45 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), Organización de los Estados Americanos, 15 de junio de 2015, Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Sobre el tema, véase DABOVE, M. I., “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2016, 38-59.

comparación que realiza Fulchiron entre la situación de la niñez y la de los adultos mayores:

... para los niños, se trata de asegurar provisoriamente la asunción de responsabilidad por sus intereses, dándoles poco a poco los instrumentos que le[s] permitirán ejercer personalmente sus derechos. Para los adultos mayores vulnerables, se trata de acompañarlos en el ejercicio de sus derechos, y en caso de necesidad, de restringir su ejercicio para protegerlos mejor. La adquisición progresiva de la autonomía jurídica de una parte [en relación con los niños], la protección máxima de una autonomía jurídica fragilizada por la pérdida de la autonomía física e intelectual de la otra [en relación con los adultos]; un régimen “general” aplicable a todos los menores teniendo en miras a la mayoría de edad y la plena capacidad de una parte, la consideración de la situación personal de cada adulto mayor a proteger y la adaptación del régimen jurídico de protección para las necesidades de la persona de la otra⁴⁶.

Para Fulchiron, de alguna manera se han “forzado” las categorías jurídicas para ambos casos. Aunque el autor se refiere a los adultos mayores, su descripción tiene claras analogías con la situación de todas las personas con discapacidad.

Se ha señalado que, en relación con los adultos mayores, existe el peligro de confundir

... situaciones restrictivas de la capacidad con la “gerontolescencia” o crisis bio-psico-social de identidad, cuyos síntomas desencadenan conflictos afectivos, familiares y sociales, que impactan en la esfera patrimonial y en la autoestima. En el inicio de la vejez es común que las personas mayores se vean literalmente impotentes para ejercer por sí mismas sus derechos por la situación de alta vulnerabilidad y forzada discapacidad a la que las someten los prejuicios culturales y las prácticas viejistas⁴⁷.

Ante este peligro es clave que se garantice una intervención judicial que discierna la inexistencia de conflictos de intereses o influencia indebida, los dos criterios que surgen tanto del artículo 12 CDPD como del artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Retomando la comparación general entre la niñez y la situación de las personas con discapacidad, las diferencias entre ambos grupos llevan a que la regulación civil parta de distintos regímenes de base. En las personas menores de edad, la regla es la incapacidad de ejercicio y el reconocimiento de la representación a cargo de los padres, con una capacidad progresiva a medida que el niño crece y van evolucionando

46 *Ibíd.*, 10.

47 DABOVE, M. I., “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, [en línea], *Revista de Derecho Privado*, 2018, 34, 53-85, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417555894003> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

sus facultades. En cambio, en personas con discapacidad el esquema que surge de la CDPD parte de la capacidad como principio, y la medida de apoyo y fortalecimiento de la capacidad es una excepción.

Igualmente, la incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad surge de una regla de origen legal, mientras que en general la medida de apoyo a la capacidad en personas adultas con discapacidad surge de una sentencia judicial que analiza caso por caso y también determina en forma personalizada los alcances de las medidas de apoyo a la capacidad.

En el mismo sentido, en tanto son los padres los primeros y naturales responsables de la crianza y la educación de sus hijos (cfr. art. 18 CDN), no están sometidos a ningún control previo para actuar como sus representantes. En cambio, los apoyos para personas con discapacidad deben pasar por evaluación a fin de garantizar que no existan abusos por conflicto de intereses e influencia indebida (art. 12 CDPD).

Si consideramos el ordenamiento jurídico argentino, ya hemos explicado que las personas menores de edad son consideradas como incapaces de ejercicio como régimen de base (arts. 24 y 26 c.c. y co.), mientras que van adquiriendo capacidad progresiva conforme la ley les autoriza ejecutar por sí mismas ciertos actos (cfr. arts. 26 y 639 c.c. y co.). En cambio, en el caso de las personas con discapacidad, por regla son capaces de ejercicio, y solo por sentencia judicial se restringe su capacidad en caso de que pueda resultar un daño a su persona o sus bienes, y ello solo para los actos y funciones que la sentencia indique (arts. 32 y 38 c.c. y co.).

Un caso especial se presenta cuando la persona con discapacidad es al mismo tiempo menor de edad. En esta intersección de vulnerabilidades, el código civil y comercial en Argentina ha habilitado la posibilidad de que el proceso de restricciones a la capacidad se pueda iniciar a las personas desde los 13 años (art. 32 c.c. y co.). Se genera allí una interesante situación en la que, al mismo tiempo que se va verificando la autonomía progresiva propia de la regulación legal de la niñez, con sucesivas habilitaciones para diversos actos jurídicos, también se pone en marcha el mecanismo de potenciales apoyos y asistentes para que pueda realizar esos mismos actos con las debidas salvaguardias y se eviten potenciales daños. Recordemos que, según el primer párrafo del artículo 32, “el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

C. Derechos de protección y derechos de opción

La tensión entre autonomía y protección se constata en la consideración de los distintos derechos implicados. Una lectura atenta de ambas convenciones permite constatar la relevancia de distinguir, como lo hace Hafén, entre los derechos de protección (*protection rights*) y los derechos de opción (*choice rights*), que dan al individuo la

potestad de tomar decisiones vinculantes como votar, contraer matrimonio, hacer contratos, ejercer preferencias religiosas o elegir si y dónde ser educados⁴⁸.

La CDN contempla muchos derechos de protección: derecho a la vida (art. 6), derecho a la identidad (arts. 7 y 8), derecho a no ser separado de sus padres (arts. 9 y 10), derecho a la protección contra traslados ilícitos (art. 11), a la protección en el acceso a los medios de comunicación (art. 17), protección contra abusos (art. 19), protección en caso de privación del medio familiar (art. 20), protección en relación con la adopción (art. 21), en relación con los refugiados (art. 22), derecho a la salud (arts. 24 y 25), derecho a la seguridad social (art. 26), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a la educación (arts. 28 y 29), a la vida cultural (art. 30), al descanso y la recreación (art. 31), a la protección contra la explotación económica (art. 32), contra el uso ilícito de drogas (art. 33), contra la explotación sexual (art. 34), contra la trata de niños (art. 35) y otras formas de explotación (art. 36), contra las torturas y tratos crueles (art. 37), protección en conflictos armados (art. 38) y garantías penales (art. 40).

Entre los derechos que están vinculados con una “opción” o ejercicio en la CDN podemos enunciar: derecho a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta (art. 12), a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14) y a la libertad de asociación y de reunión (art. 15). Algunos derechos reflejan aspectos de protección y también de opción, como el derecho a la protección contra injerencias en su vida privada o familiar (art. 16).

El enfoque de la CDPD hace decidido énfasis en la autonomía, como surge de los principios generales (art. 3):

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Sin embargo, la noción de protección figura en el artículo 1: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

En la CDPD podemos mencionar como derechos vinculados con la protección: igualdad y no discriminación (art. 5), protección de mujeres (art. 6) y niños y niñas con discapacidad (art. 7), accesibilidad (art. 9), derecho a la vida (art. 10), protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), libertad y seguridad

48 HAFEN y HAFEN, “Abandoning Children to their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, cit., 461.

de la persona (art. 14), protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15), protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), protección de la integridad personal (art. 17), respeto del hogar y de la familia (art. 23) y derecho a la educación (art. 24).

En cuanto a derechos de opción, además del ya citado artículo 12 sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, cabe mencionar: acceso a la justicia (art. 13), libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), movilidad personal (art. 20) y libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21).

Entre los derechos que conciernen tanto a la protección como a una opción en la CDPD podemos mencionar: respeto de la privacidad (art. 22), salud (art. 25), habilitación y rehabilitación (art. 26), trabajo y empleo (art. 27), nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), participación en la vida política y pública (art. 29) y participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

En el caso de las personas con discapacidad, el párrafo 29 de la Observación General n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala:

29. Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención⁴⁹.

En general, la cuestión de si se concede o no una capacidad de ejercicio se vincula más con los derechos de opción. En cambio, no cabe duda de que hay necesidad de protección cuando se temen situaciones de abuso, daños o vulneración de derechos. Se advierte que los derechos que se vinculan con la “protección” constituyen una suerte de núcleo duro que no es disponible por la persona vulnerable, ya sea menor de edad o persona con discapacidad.

Por ejemplo, en relación con los niños, Lansdown distingue los derechos que se refieren a la integridad física y se relacionan con la abolición de las mutilaciones, la protección en conflictos armados, la protección contra castigos corporales, etc. Ade-

49 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11.º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General n.º 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n.º 29.

más, señala que hay derechos que protegen contra abusos de adultos que desde su posición de autoridad pueden denegar, abusar o explotar los derechos de los niños⁵⁰.

Para Hafén, conceder a los niños un completo rango de derechos de opción también les confiere las cargas y responsabilidades de los seres adultos, lo que necesariamente remueve derechos de protección⁵¹. En efecto, el hecho de que haya derechos de opción, que pueden ser ejercidos por las personas menores de edad o por las personas con discapacidad, no elimina totalmente la posibilidad de daños o abusos y, por tanto, sigue existiendo una necesidad de supervisión y protección.

Cabe señalar que la familia opera como una protección “por defecto” para todo ese rango de actos que exceden la capacidad de ejercicio. En cambio, en las personas con discapacidad, al partirse de un principio de capacidad, es lógico que se transfiera al juez o una autoridad independiente la exigencia de que establezca las salvaguardias adecuadas para proteger a la persona vulnerable. Sin embargo, ello conduce a dilemas de difícil resolución, pues habrá casos en que la presunción de capacidad sea un reconocimiento a la real libertad que puede gozar la persona, y otros en que la discapacidad psíquica condicione tanto la libertad que la presunción de capacidad conduzca a abandonos y vulneración de derechos.

En cuanto a los derechos de opción, vinculados con temas como la libertad de expresión o la intimidad, se advierte la dificultad para su regulación civil por la amplitud de su contenido y las fronteras difusas que presentan para una regulación jurídica.

III. Las transformaciones en relación con los representantes y apoyos

A. El lugar de la familia

En el apartado anterior constatamos que la autonomía se revela como insuficiente ante la vulnerabilidad de niños y personas con discapacidad, y que para el ejercicio de ciertos derechos se requiere adoptar medidas jurídicas para protegerlos. Tanto en personas menores de edad como en personas con discapacidad se reconoce la necesidad de contar con representantes y apoyos para la toma de decisiones.

En lo que constituye la más clara y decisiva diferencia, en el caso de las personas menores de edad tales decisiones presuponen primeramente reconocer los deberes y derechos de los padres en la crianza y formación integral de sus hijos. Ello supone un sistema de representación que debe acompañar a la persona desde el primer momento de su existencia y hasta la mayoría de edad, con progresivas autorizaciones legales que habilitan al niño a adoptar decisiones por sí. Esa representación no la decide discrecionalmente el Estado, sino que corresponde en primer lugar a los pa-

50 LANSDOWN, *The Evolving Capacities of the Child*, cit.

51 HAFEN y HAFEN, “Abandoning Children to their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, cit., 461.

dres, que son los naturales educadores de sus hijos. La incapacidad de ejercicio de las personas menores de edad tiene como correlato el reconocimiento de la necesaria representación de sus padres en todo lo que les concierne y es materia de regulación civil. A estos no se les concede una representación como resultado de una concesión legal o social, sino en tanto se trata de las personas que transmitieron la vida y son los más inmediatos y calificados responsables de acompañar al nuevo ser humano en el camino de despliegue de su personalidad. Obviamente, para los casos de fallecimiento de los padres, o de cualquier forma de cese de esa responsabilidad parental, corresponderá a las autoridades intervenir con los mecanismos de cuidado alternativos a la responsabilidad parental.

En cambio, en el caso de las personas con discapacidad la situación es distinta, pues la regulación civil debe partir de la presunción de capacidad, que puede requerir medidas para fortalecer y facilitar la toma de decisiones, sobre todo a través de apoyos. Para adoptar medidas de apoyo se habrá de buscar conocer la voluntad y preferencias de la persona interesada. Lógicamente, habrá muy variadas situaciones para considerar, pues la persona puede presentar una afección que requiere apoyos desde la niñez, o bien encontrarse en una situación que sobreviene de improviso, o bien haber alcanzado una edad avanzada que requiere de apoyos en función de deterioros cognitivos⁵². En primer lugar, será la propia persona interesada quien propondrá los apoyos para la toma de decisiones. En cada caso, además, habrá que tener en cuenta el lugar de la familia, que incluso puede ser la propia y nueva familia de la persona con discapacidad y de otros apoyos. Sin embargo, la posibilidad de que existan conflictos de intereses o influencia indebida plantea la necesidad de un contralor judicial mayor.

La relevancia de la familia como apoyo natural es innegable. Para Series, hay ventajas prácticas en involucrar a la familia y los amigos en los sistemas de apoyo para la toma de decisiones, por sobre un enfoque preferentemente médico, especialmente porque las decisiones de las personas y sus relaciones sociales se extienden mucho más allá del campo clínico⁵³.

A su vez, los apoyos pueden variar mucho en intensidad y funciones. Desde los casos en que es necesario que actúe una persona que pueda ejecutar la voluntad y

52 Ciertamente, entre personas mayores y personas con discapacidad existen convergencias y diferencias con relación a la capacidad y la toma de decisiones, pero analizar este punto excede los alcances del presente trabajo. En el ámbito americano hay que tener en cuenta la ya mencionada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que fuera aprobada por la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2015 y que en el artículo 30 contiene una disposición relativa a la capacidad jurídica casi textualmente igual al artículo 12 CDPD. Véase, al respecto, VIAR, L., “La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y sus proyecciones sobre la capacidad jurídica”, *República y Derecho*, 2, n.º 2, 2017, 1-34, disponible en: <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/96/33>

53 SERIES, “Relationships, Aautonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, cit., 83.

preferencias de la persona, hasta los casos en que el apoyo ofrece consejo o es un co-decisor. Bach ha formulado una clasificación de los distintos tipos de apoyos emergentes de la CDPD para la toma de decisiones: asistencia informal de familiares y amigos en la toma de decisiones diarias; asistencia en el lenguaje y la comunicación; personas o redes que actúan como soporte para la toma de decisiones, garantizando que la persona pueda designar sus propios representantes y asistentes; apoyo a otras partes que tienen relaciones jurídicas con las personas con discapacidad; protección contra la responsabilidad que pudiera surgir por la actuación de las redes de apoyo y representación. En tal sentido, un documento de relevancia es el informe de la Relatora de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre los alcances de la figura de apoyo⁵⁴.

La CDPD ha dado lugar a una creciente discusión en torno a si debe considerarse como definitivamente vedada la posibilidad de algún tipo de representación. En este sentido, ya hemos hecho referencia al problema de los “casos difíciles”, en los que el sistema de apoyos puede mostrarse como ineficaz. El punto está abierto y creemos que un esquema de representación que respete la voluntad y las preferencias de la persona no resulta incompatible con la CDPD, tomándose las debidas salvaguardias.

En cuanto al ordenamiento jurídico argentino, ya hemos visto que las personas menores de edad son representadas por sus padres o tutores (art. 101 inc. b c.c. y co.). Se trata de una representación legal (art. 358 c.c. y co.). Las personas incapaces declaradas tales en juicio en los excepcionales términos del artículo 32 último párrafo c.c. y co. son representadas por un “curador” (art. 101 inciso c c.c. y co.), que sin embargo debe actuar conforme a las modalidades y alcances que fije la sentencia (art. 38 c.c. y co.). Por su parte, las personas con capacidad restringida pueden realizar por sí todos los actos y funciones que no fueron limitados por la sentencia judicial, mientras que contarán con uno o varios apoyos para los actos restringidos, con las modalidades y alcances que fije esa sentencia (arts. 32, 38 y 43 c.c. y co.). Excepcionalmente, la sentencia puede establecer apoyos con funciones de representación (art. 101 inc. c c.c. y co.).

B. “Interés superior” o “voluntad y preferencias”

Una de las diferencias más significativas que surge de los textos convencionales es la disparidad de criterios para regular la actuación de los apoyos y representantes. En la CDN el principio fundamental en toda intervención relacionada con niños es el respeto de su interés superior (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 CDN). El interés superior es una pauta objetiva, que se vincula con la formación integral de la persona menor

54 DEVANDAS AGUILAR, C., “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 34.º período de sesiones”, vol. A/HRC/34/5, 2017, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>

de edad para una madurez que le permita el despliegue pleno de sus potencialidades y el ejercicio de sus derechos⁵⁵.

En cambio, la CDPD no contiene ninguna norma que remita al “interés superior” de la persona con discapacidad. El artículo 12 CDPD señala como criterio decisivo el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. El Comité de la CDPD lo afirma con claridad:

Quando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás⁵⁶.

Únicamente el artículo 7 se refiere al interés superior de los niños con discapacidad, aunque en su Observación General n.º 1 el Comité enfatiza que, “para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12, los Estados partes deben examinar sus leyes a fin de asegurarse de que la voluntad y las preferencias de los niños y niñas con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás niños”⁵⁷. La cuestión de los “intereses” de la persona con discapacidad puede interpretarse como presente en el artículo 12 CDPD cuando señala que las salvaguardias que se establezcan garanticen que no haya “conflictos de intereses” con la persona con discapacidad.

En Argentina, tanto la Ley 26061, de protección de los derechos de los niños, como el código civil y comercial (art. 639 c.c. y co.) reconocen la centralidad del interés superior del niño. A su vez, para las personas con discapacidad no se hace mención a un “interés superior” y se dispone que “el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 32). Por su parte, según el artículo 43 c.c. y co., “las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la

55 Sobre el tema, véase AGUILAR CAVALLO, G., “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [en línea], *Estudios Constitucionales*, 2008, 6, 1, 223-247, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110> [Consultado el 6 de septiembre de 2019]. Este autor rescata que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos” (p. 241).

56 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11.º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General n.º 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n.º 21.

57 *Ibíd.*, n.º 36.

comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

IV. El desborde del sistema civilista centrado en los actos jurídicos

A. La capacidad de ejercicio ante la diversidad de derechos convencionales

La CDN y la CDPD se refieren a una variedad de derechos y enfatizan, con diferentes matices, que los niños y las personas con discapacidad pueden ejercer tales derechos por sí mismos. Esto plantea un problema de recepción de las disposiciones convencionales en las regulaciones de cada país.

En principio, suele ser el derecho civil el que establece las reglas genéricas relativas al ejercicio de los derechos. En tal sentido, con distintos alcances y, sobre todo, con diferencias terminológicas, los sistemas de derecho civil se refieren a la capacidad de ejercicio, entendida como “la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona para realizar por sí una actividad, comportamiento o hecho jurídicamente relevante relacionado con la esfera de sus intereses”⁵⁸. Esta capacidad de ejercicio resulta, en general, requisito de validez para los actos jurídicos (que también pueden ser denominados negocios jurídicos), es decir, los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato entablar relaciones jurídicas. Junto con los actos jurídicos, solemos encontrar los simples actos lícitos, que no requieren necesariamente una capacidad de ejercicio, bastando con el discernimiento, que es una aptitud para comprender los alcances de un acto. Así ocurre en Argentina.

Apenas se analizan los alcances de las convenciones se advierte que la toma de decisiones vinculadas con los distintos derechos y actos implicados excede los alcances acotados del ejercicio de la capacidad para actos jurídicos civiles. En las convenciones emerge la preocupación por la realización del proyecto de vida y la cuestión del ejercicio de la capacidad se conecta con una variedad de derechos. Así, surge una directiva que busca que sean las personas menores de edad y las personas con discapacidad quienes tomen decisiones en relación con los actos y tratamientos médicos, la disposición de derechos personalísimos e incluso los actos de la vida cotidiana. Para ponderar la toma de decisiones en estos ámbitos la noción de capacidad de ejercicio del derecho civil parece insuficiente en sus alcances vinculados, sobre todo, con los actos jurídicos.

Ciertamente, este problema se refleja de distinto modo según se trate de niños o de personas con discapacidad. Las personas menores de edad parten de una situación de incapacidad y de inmadurez que es suplida por la representación de los padres, quienes tienen deberes y derechos para educarlos (dirección y orientación, dice la CDN) para que vayan progresivamente tomando el rumbo de su vida. En consecuencia, podríamos decir que, por defecto, la legislación civil confiere a los padres la

58 TOBIAS, “Tomo I. Arts. 1 a 224”, cit., 221.

responsabilidad de actuar para dirigir y orientar la vida de sus hijos en todo lo necesario para su desarrollo. De este modo, los actos y funciones que exceden la esfera propia de los actos jurídicos caen dentro de las genéricas responsabilidades propias de los padres. Ahora bien, muchos de esos actos y funciones escapan a una regulación jurídica estricta. En tal sentido, el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN) es una directiva importante que emana de la CDN. Para Krappmann, fuera de situaciones reguladas legalmente, hay muchas cuestiones de la vida cotidiana de niños y niñas que permiten a padres, docentes, trabajadores sociales y otros adultos compartir responsabilidades con ellos o aun explicarles que ellos pueden decidir en temas como deportes y cultura, elección de materias en el colegio, etc.⁵⁹.

En cuanto a las personas con discapacidad, la regulación civil no contempla ese rol genérico de los padres. Para estas personas con discapacidad se parte de un principio de capacidad de ejercicio, y las medidas de salvaguardia que se adoptan en relación con su capacidad apuntan a la protección contra abusos y contra la privación arbitraria de bienes (art. 12 CDPD). Dinerstein entiende que las cuestiones que están implicadas en la definición de quién toma las decisiones en relación con una persona con discapacidad son dónde y con quién vivir, con quién entablar una relación personal, íntima o de otro tipo, qué clase de servicio de salud usar, qué tipo de recursos financieros utilizar (cuentas bancarias, consumo) y en qué clase de trabajos y actividades participar⁶⁰. También se ha señalado que, aunque la capacidad es un tema tan propiamente civil y de derecho privado, en él intervienen elementos de carácter proteccionista por tratarse de una materia de interés general⁶¹.

El derecho a la salud ofrece un buen ejemplo de este desborde. Al respecto, se suele enfatizar la autonomía para la toma de decisiones en torno a la salud como exigencia de la CDPD. Salzman argumenta que privar a una persona de la intervención en las decisiones que se vinculan con su propia salud supone que reciba poca información sobre su condición médica y las alternativas de tratamiento⁶². Pues bien, debe señalarse, en este punto, que muchas de las decisiones vinculadas con la salud exceden lo relativo a la capacidad jurídica en sentido estricto. Los actos que guardan mayor relación con la noción de capacidad del derecho civil son los vinculados con el consentimiento, especialmente en relación con los tratamientos y actos médicos. Consentir puede ser encuadrado como un supuesto de capacidad de ejercicio, aunque hay que reconocer que la dinámica de la relación médico-paciente no se cristaliza en un momento único y se desarrolla como proceso que no es fácil encuadrar en los

59 KRAPPMANN, “The Weight of the Child’s View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, cit., 508.

60 DINERSTEIN, GREWAL y MARTINIS, “Emerging International Trends and Practices in Guardianship Law for People with Disabilities”, cit., 440.

61 SAN JULIÁN PUIG, V., “Autonomía de la voluntad y protección pública en el caso de adultos con capacidad de obrar afectada”, *Persona y Derecho*, 72, 2015, 270, doi: 10.15581/011.72.265-286.

62 SALZMAN, L., “Guardianship for Persons with Mental Illness - A Legal and Appropriate Alternative?”, *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, 4, 2011, 291.

habitualmente rigurosos límites de la legislación civil. Algo similar sucede con el problema de las internaciones en instituciones psiquiátricas, que tienen un momento crítico en cuanto al consentimiento, pero que están atravesadas por complejas cuestiones sobre su finalidad y utilidad terapéutica que exceden lo civil⁶³. Mucho más alejado de lo civil encontramos que se pretenda nombrar apoyos para que acompañen a una persona con discapacidad controlando si ingiere o no medicamentos o supervisando su seguimiento del tratamiento prescrito. Se trata de actos que no encuadran en la noción de capacidad de ejercicio civil y se aproximan a medidas de apoyo de tipo terapéutico.

Si analizamos el informe mencionado de la Relatora de los Derechos de las Personas con Discapacidad advertimos que allí propone una tipología de figuras de apoyo que comprenden: adopción de decisiones, comunicación, movilidad, asistencia personal, vida independiente en la comunidad y servicios generales⁶⁴. La Relatora entiende que:

... la prestación de un apoyo adecuado es necesaria para hacer valer toda la gama de derechos humanos y permite a las personas con discapacidad alcanzar su pleno potencial y contribuir así al bienestar general y la diversidad de la comunidad en la que viven. Para muchas personas con discapacidad, el apoyo es una condición indispensable para participar de forma activa y significativa en la sociedad y, al mismo tiempo, conservar su dignidad, autonomía e independencia⁶⁵.

Se advierte entonces que los apoyos para la toma de decisiones mencionados en el artículo 12 CDPD son los que guardan mayor relación con la capacidad de ejercicio, mientras que hay otros apoyos que favorecen el ejercicio de derechos que exceden el campo del derecho civil y la capacidad.

En relación con las personas con discapacidad, este tema también se vincula con la conveniencia o inconveniencia de formalizar los apoyos a través de algún tipo de procedimiento. Nuevamente, el esquema civilista clásico se focalizaba en los actos jurídicos, y para ello se adelantaba un proceso judicial de designación de un representante que actuara en nombre de la persona con discapacidad. Para Series, cuando los apoyos se formalizan es más fácil detectar y responder adecuadamente a los abusos y la explotación, y se facilita la tarea de los apoyos en el ejercicio de las

63 Sobre el tema del consentimiento y de las internaciones puede verse una perspectiva que procura conjugar la CDPD con problemáticas psiquiátricas complejas en RAMOS POZÓN, S., "Una visión más realista de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", [en línea], *Acta Bioethica*, 2017, 23, 1, 119-128, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55452865014>

64 DEVANDAS AGUILAR, C., "Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 34.º período de sesiones", vol. A/HRC/34/5, 2017, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>

65 *Ibíd.*, n.º 15.

gestiones en favor de sus asistidos. Pero también reconoce que la informalidad favorece la confidencialidad, señalando, como objeción a la formalización de los apoyos, el hecho de que los instrumentos de designación de apoyos pueden permitir a estos un abuso al realizar actos en nombre de los asistidos⁶⁶. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los apoyos informales también suscitan interrogantes, sobre todo en la eventualidad de producirse un daño a la persona con discapacidad⁶⁷.

Otro aspecto de este desborde de la capacidad civil de ejercicio es el riesgo de cierto exceso en la regulación de la vida de las personas. Este aspecto aparece en una directiva del Comité en la ya mencionada Observación General n.º 1^[68]. Dentro de los cuatro principios que Arstein-Kerslake enuncia para regir el sistema de apoyos para la toma de decisiones encontramos el que afirma que el mismo no debe sobreregular la vida de las personas con discapacidad cognitiva⁶⁹. Así, la cuestión emerge en los procesos civiles de determinación de la capacidad, por ejemplo, cuando se pretende regular aspectos vinculados con la vida cotidiana, un concepto de contornos difusos.

En Argentina, en relación con las personas menores de edad, el código civil y comercial brinda un marco amplio para la actuación de los padres, a través del instituto de la responsabilidad parental, que es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado” (art. 638 c.c. y co.). A su vez, según el artículo 26, los niños ejercen por sí mismos los actos que las leyes les autorizan.

El problema en los niños es que se tiende a incluir entre las disposiciones sobre capacidad de ejercicio del mismo código civil y comercial “autorizaciones” para que los niños ejerzan por sí mismos ciertos derechos que se presentan como muy amplios y de contornos difusos, y que exceden el campo de la capacidad de ejercicio para actos jurídicos.

Además, la modulación de la autonomía progresiva en el caso de los niños se realiza a través de otras leyes por fuera del código civil y comercial. En el caso de Argentina, la Ley 26061 es una norma de protección de derechos, que no responde al esquema civilista clásico de capacidad. Incluye normas que habilitan a los niños, las niñas y los adolescentes a la toma de decisiones sobre aspectos importantes de su vida que exceden un esquema civilista. Entre ellas podemos mencionar el artículo

66 SERIES, “Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms”, cit., 85.

67 GOODING, P., “Supported Decision-making: A Rights-based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law”, *Psychiatry, Psychology and Law*, 20, n.º 3, 2013, 441, doi: 10.1080/13218719.2012.711683.

68 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11.º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General n.º 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n.º 29.

69 ARSTEIN-KERSLAKE, “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity”, cit., 88.

19, que consagra el derecho a la libertad⁷⁰; el artículo 23, que se refiere al derecho de libre asociación⁷¹; el artículo 24, que contempla el derecho a opinar y ser oído⁷², y el artículo 25, que se refiere al derecho al trabajo, dentro de las edades mínimas fijadas por la legislación y los convenios internacionales para erradicar el trabajo infantil. También hay cuestiones relativas al ejercicio de derechos en la Ley 26529, de derechos del paciente, en materia de consentimiento para actos médicos, o en la Ley 26390 en relación con el trabajo infantil.

Para seguir el ejemplo de Argentina, cuando se trata de personas con discapacidad en sede judicial se sustancia un proceso de determinación de la capacidad que culmina con una sentencia que debe indicar qué actos y funciones se limitan, caso por caso. El punto es que, tratándose de una persona adulta, resulta más clara la limitación de la capacidad de ejercicio para actos jurídicos determinados. En cambio, cuando se trata de lo referido al ejercicio de derechos en otras temáticas (simples actos lícitos no negociales, tratamientos médicos, actos de la vida cotidiana), las herramientas del derecho civil parecen limitadas, sobre todo por la dificultad para una adecuada gradación.

Una explicación de este riesgo de regulación excesiva puede estar vinculada con el hecho de que se traslada al derecho civil la expectativa de protección o aun curación de la persona. Es decir, temáticas que son propias del campo terapéutico aparecen discutidas en sede judicial.

En Argentina, en el sistema anterior al código civil y comercial, la intervención judicial se vinculaba con todos los ámbitos de vida de la persona y podía incluir una decisión sobre la capacidad o un supuesto de internación. En el anterior código, cuando se nombraba un curador, en principio se le asignaban atribuciones para dirigir la persona y administrar los bienes del incapaz, de modo que existía un paralelo mayor con la función propia de los padres. Sin embargo, la CDPD ha significado un cambio decisivo en este punto, y en el nuevo código civil y comercial ya no se pien-

70 “a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos”.

71 “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito y de conformidad a la legislación vigente. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a: a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos; b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niñas, niños, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley”.

72 “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

sa en términos de “curador” para todos los actos de la vida, sino en apoyos para los actos y funciones que son precisados en la sentencia.

Sin embargo, el nuevo sistema conserva vestigios de ese enfoque. Así, aparecen menciones a la finalidad “terapéutica”, por ejemplo, en el artículo 31 c.c. y co., referido a los principios generales en materia de restricciones a la capacidad. O bien, según el artículo 43 c.c. y co., “se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Justamente el desborde de la noción civilista de capacidad se verifica en esa finalidad de “dirigir su persona”, un concepto muy amplio que excede el acotado campo de los negocios jurídicos. Aunque refiere a los casos de incapacidad, que son excepcionales y están reglados en el artículo 32 último párrafo c.c. y co., en el artículo 138 se sostiene que la “principal función” del “curador” es “la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud”.

En todas estas situaciones, el código civil y comercial actúa como norma de cierre o por defecto. De allí que afirmemos que existe un cierto desborde de la noción civilista de capacidad de ejercicio. En efecto, mientras que el enfoque de la codificación civil decimonónica se focaliza en la capacidad de ejercicio centrada en los actos jurídicos, con la irrupción de los tratados internacionales de derechos humanos se produce una expansión de la regulación hacia otros actos, especialmente en el campo extrapatrimonial, vinculados con el ejercicio de derechos humanos. Los ordenamientos jurídicos nacionales, al momento de regular lo relativo a la capacidad jurídica, deben tener en cuenta no solo los actos jurídicos patrimoniales, y particularmente los contratos, sino el ejercicio de los derechos personalísimos, los actos médicos y los actos de la vida cotidiana.

Mientras que en el caso de las personas menores de edad es mucho más clara la regulación que reconoce en los padres la tarea de una formación “integral” para el despliegue de todos los elementos de la personalidad, en el caso de las personas con discapacidad la intervención civil y, eventualmente, la judicial requieren mayores precisiones y cuidados para no invadir esferas de privacidad en un avance regulatorio que sea violatorio de libertades fundamentales. No obstante, también hay que evitar enfoques excesivamente individualistas que conduzcan a formas de desprotección y abandono.

B. Gradación de las formas de participación y toma de decisiones

Un aspecto importante para considerar en relación con el desborde antes explicado es el referido a una cierta gradación en las formas de “participación” de las personas menores de edad y las personas con discapacidad en esta toma de decisiones. Así, mientras que la incapacidad sería el supuesto más extremo, como pasos intermedios de progresiva autonomía en los niños encontramos que la CDN reconoce abiertamente el derecho del niño a ser escuchado en los asuntos y decisiones que le conciernen.

Igualmente, algunas legislaciones, como la Argentina, también reconocen un derecho de la persona con edad y grado de madurez suficiente a participar en tales decisiones (art. 26 c.c. y co.). Y finalmente, la legislación habilita a la persona menor de edad a tomar decisiones por sí en ciertos casos especialmente habilitados, en lo que configura ya un supuesto de capacidad. Esta modulación en la toma de decisiones es importante que sea reflejada en las personas menores de edad como expresión de esa autonomía progresiva, siempre en el marco de los derechos y deberes de los padres y en la delicada conjunción entre dirección y orientación para formar una personalidad sólida y progresiva madurez para la toma de decisiones.

En cambio, en las personas con discapacidad partimos de un principio de capacidad, y la progresiva modulación opera en torno a la forma de intervención de los apoyos, con los distintos grados de intensidad a los que hemos aludido antes. Según dispone el artículo 12 CDPD, será una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial el que deberá disponer las salvaguardias en la materia.

En definitiva, la incidencia de las convenciones en los derechos locales deja en evidencia el desborde de la noción civilista de capacidad de ejercicio y la necesidad de repensar todo lo relativo al ejercicio de derechos y otras formas de intervención, ya sea educativas, terapéuticas o de protección, en sus aspectos jurídicos.

V. ¿Una misma capacidad? Reflexiones conclusivas

Luego de los desarrollos precedentes nos preguntamos si podemos pensar una regulación común de la capacidad de ejercicio de ambos grupos de personas vulnerables. Para Fulchiron, “ha sido uno de los problemas de nuestros derechos civiles el de haber utilizado por demasiado tiempo las mismas categorías e instrumentos jurídicos para asegurar en el marco de un mismo grupo –los “incapaces”– la protección de dos tipos de personas donde las necesidades, las expectativas y las situaciones son profundamente diferentes”⁷³. El jurista francés se pregunta si no será necesario romper el vínculo que unió bajo unas mismas categorías jurídicas a los niños y a las personas con discapacidad en relación con la capacidad de ejercicio⁷⁴.

Dentro del amplio campo que significa la “toma de decisiones” pareciera claro que compete al derecho civil delimitar quiénes son los que cuentan con aptitud para decidir por sí mismos entablar relaciones jurídicas. En virtud de ello, parece razonable que siga existiendo una regulación común para ambos grupos en el campo del derecho civil en lo que concierne a la capacidad de ejercicio vinculada con la realización de negocios jurídicos, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

La regulación común parece más difícil en relación con los simples actos que no constituyen actos o negocios jurídicos en sentido estricto y conciernen al amplio espectro de decisiones vinculadas con la dirección de la propia vida.

73 FULCHIRON, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, cit., 10.

74 *Ibíd.*, 10.

Tal regulación debe considerar las diferencias que existen entre ambos grupos, que son importantes. La regulación común debe poner el foco en los aspectos de convergencia y evitar tendencias uniformadoras que no terminan de expresar las particularidades de cada grupo y, al decir de Fulchiron, fuerzan las instituciones jurídicas para situaciones que requieren tratamientos diferenciados.

La diferencia más importante es la primaria e indelegable intervención de los padres en lo que concierne a la crianza y educación de sus hijos. De esta manera, la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad se conjuga con la responsabilidad parental, de forma inescindible. No cabe concebir una capacidad de ejercicio de los niños recortada de la familia. La CDN es clara en este punto y obliga a una modulación de la autonomía progresiva acompañada de una gradual retirada de los padres de la dirección y orientación de la vida de sus hijos. En cambio, cuando se trata de personas con discapacidad mental o intelectual adultas, generalmente la familia cumple una función informal de apoyo, pero resulta necesario un mayor escrutinio para dar prioridad a la voluntad y las preferencias de la persona y evitar conflictos de intereses o influencia indebida. Estas son las directivas que emanan de la CDPD, que pone el énfasis en la autonomía personal y en los apoyos, con las debidas salvaguardias. El lugar de la familia es menos claro en la CDPD, aunque entendemos que ella constituye el “apoyo natural” en razón de la configuración de los vínculos personales del implicado.

Con frecuencia las normas referidas a las personas menores de edad en relación con su capacidad se encuentran plasmadas tanto en las secciones de los códigos civiles dedicadas a la capacidad jurídica de la persona humana como en las normas relativas a la responsabilidad de los padres. En cambio, las normas sobre procesos civiles para adoptar apoyos para la toma de decisiones generalmente se ubican en los apartados de la persona humana y no hay normas específicas en los apartados de derecho de familia. Es que todo ser humano viene a la vida en el seno de una familia, y es el derecho de familia el lugar para regular lo relativo a su progresiva maduración y ejercicio de los derechos.

Otra diferencia importante, que se vincula con la anterior, es que para las personas menores de edad el régimen de base es la incapacidad, y la capacidad progresiva se va generando a medida que crecen en edad y madurez. En tal sentido, entendemos que es conveniente un sistema de edades fijas para habilitar actos de las personas menores de edad sin la intervención de sus padres. La regulación civil debe procurar una inteligente y gradual articulación de las distintas maneras de participación de los niños, desde el derecho a ser escuchado hasta la toma de decisiones por sí mismo. En cambio, en las personas con discapacidad partimos de un supuesto de capacidad de ejercicio y las medidas de salvaguardia tienen que ser proporcionadas y adaptadas a la persona, siguiendo los lineamientos del artículo 12 CDPD.

En cuanto al criterio general de actuación de representantes y apoyos, en el caso de los niños impera sobre todo el interés superior, según lo dispuesto por la CDN. En cambio, en el caso de personas con discapacidad la CDPD se refiere únicamente a la voluntad y las preferencias de la persona.

En síntesis, constatamos que ambas convenciones han llamado la atención respecto de la toma de decisiones sobre la propia vida en orden a una plena realización personal. Esta mayor importancia que se otorga en nuestro tiempo a la autonomía, en el caso de las personas vulnerables, tiene que ir acompañada de nuevas y creativas formas de solidaridad y relacionalidad, para no caer en un individualismo que puede conducir a una desprotección que frustre derechos y bienes de las mismas personas cuya dignidad se quiere ensalzar. La dignidad, en su dimensión de despliegue de la libertad, no está reñida con la idea de dependencia, sino que la redimensiona en función de la sociabilidad que concreta la igualdad entre todos los sujetos, así como la solidaridad mutua en la común tarea de convivir y desarrollarnos en esta vida.

Referencias

- AGUILAR CAVALLO, G., “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [en línea], *Estudios Constitucionales*, 2008, 6, 1, 223-247, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].
- ARSTEIN-KERSLAKE, A., “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity”, *Scandinavian Journal of Disability Research*, 18, n.º 1, 2016, 77-92, doi: 10.1080/15017419.2014.941926.
- ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law”, *The International Journal of Human Rights* 20, n.º 4, 2016, 471-490, doi: 10.1080/13642987.2015.1107052.
- BACH, M., “The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, Toronto, Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009, disponible en: http://www.supportedemployment.ca/en/images/employment-program-best-practices_iris.pdf%5Chttp://irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf
- BACH, M. y KERZNER, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity. Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice*, Ontario, 2010.
- BARCIA LEHMANN, R., “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, [en línea], *Ius et Praxis*, 2013, 19, 2, 3-51, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337002> [Consultado el 6 de septiembre de 2019].

- BASSET, U. C., “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en BASSET, U. C.; FULCHIRON, H.; BIDAUD-GARON, C. y LAFFERRIERE, J. N. (dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2017, 19-40.
- BERBERE DELGADO, J. C., “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, septiembre, 2014, 184.
- CARRANZA, G. G. y ZALAZAR, C. E., “La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 36, 2019, 29-55
- COBAS, M., “Comentario a los artículos 22 a 30”, en LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código civil y comercial comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, 104-124.
- COHEN, C. P., “The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child”, *St Thomas Law Review*, 6, n.º 1, 1993, 1-66, disponible en: <http://www.law.newark.rutgers.edu/files/u/LeubsdorfNYULRevArticle.pdf>
- CORRAL TALCIANI, H., *Derecho civil y persona humana*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2007.
- DABOVE, M. I., “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, [en línea], *Revista de Derecho Privado*, 2018, (34), 53-85, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417555894003> [consultado el 6 de septiembre de 2019].
- DABOVE, M. I., “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2016, 38-59.
- DEVANDAS AGUILAR, C., “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 34.º período de sesiones”, A/HRC/34/5, 2017, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>
- DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2006, 429-462.

- DINERSTEIN, R., “Implementing Legal Capacity under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making”, *Human Rights Brief*, 19, n.º 2, 2012, 8-12, disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief>
- DINERSTEIN, R.; GREWAL, E. G. y MARTINIS, J., “Emerging International Trends and Practices in Guardianship Law for People with Disabilities”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 22, 2016, 435-460.
- FAMÁ, M. V., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el código civil y comercial”, *La Ley*, n.º 20/10/2015, 2015, 1-19.
- FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, n.º 1, 2014, 124-143, doi: 10.15779/Z38494G.
- FULCHIRON, H., “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET, U. C.; FULCHIRON, H.; BIDAUD-GARON, C. y LAFFERRIERE, J. N. (dirs.), *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, Thomson Reuters y La Ley, 2017, 3-14.
- GOODING, P., “Supported Decision-making: A Rights-based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law”, *Psychiatry, Psychology and Law*, 20, n.º 3, 2013, 431-51, doi: 10.1080/13218719.2012.711683.
- HAFEN, B. y HAFEN, J., “Abandoning Children to their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Harvard International Law Journal*, 37, n.º 2, 1996, 449-491, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/hilj37&page=449&collection=journals>
- HERMOSILLA, A. M.; CATALDO, R. y BOGETTI, C. “Los derechos humanos y su impacto en la nueva legislación sobre salud mental”, *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines*, vol. 12, noviembre, 2015, 61-68.
- HODGKIN, R. y NEWELL, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3.ª ed., Geneva, United Nations Children’s Fund, 2007.
- HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2005.

- KOHN, N. A.; BLUMENTHAL, J. A. y CAMPBELL, A. T., “Supported Decision-making: A Viable Alternative to Guardianship?”, *Penn State Law Review*, 117, n.º 4, 2012, 1112-1156, disponible en: http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/dlr117§ion=40
- KRAPPMANN, L., “The Weight of the Child’s View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *International Journal of Children’s Rights*, 18, n.º 4, 2010, 501-513, doi: 10.1163/157181810X528021.
- KRAUT, A. J., “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”, *La Ley*, n.º 6-6-2012, 2012, 1.
- LAFFERRIERE, J. N., “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, *Revista de Derecho*, [S.l.], n.º 16, p. 67-100, noviembre, 2017, disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1353>, doi: 10.22235/rd.v0i16.1353.
- LANSDOWN, G., *The Evolving Capacities of the Child*, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Save the Children - UNICEF, 2005.
- LORD, J. E. y STEIN, M. A., “The Domestic Incorporation of Human Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Washington Law Review*, 83, n.º 4, 2008, 449-479.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho*, t. 1, *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2005.
- OLMO, J. P., “Comentario a los artículos 22 a 50”, en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, 74-115.
- PALACIOS, A., “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, Ediar, 2012.
- PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, n.º 26, 2010, 69-78.

- QUINN, G., “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD”, en *HPOD Conference, Harvard Law School*, 22, Boston, 2010, disponible en: http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html
- RAMOS POZÓN, S., “Una visión más realista de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, [en línea], *Acta Bioethica*, 2017, 23, 1, 119-128, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55452865014>
- SALZMAN, L., “Guardianship for Persons with Mental Illness – A Legal and Appropriate Alternative?”, *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, 4, 2011, 279-329.
- SAN JULIÁN PUIG, V., “Autonomía de la voluntad y protección pública en el caso de adultos con capacidad de obrar afectada”, *Persona y Derecho*, 72, 2015, 265-286, doi: 10.15581/011.72.265-286.
- SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 2015, 80-91, doi: 10.1016/j.ijlp.2015.04.010.
- TOBIAS, J. W., “Tomo I. Arts. 1 a 224”, en ALTERINI, J. H. (dir.) y ALTERINI, I. (coord.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exégetico*, 2.^a, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- VIAR, L., “La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y sus proyecciones sobre la capacidad jurídica”, *República y Derecho*, 2, n.º 2, 2017, 1-34, disponible en: <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/96/33>
- WELLER, P., “Reconsidering Legal Capacity: Radical Critiques, Governmentality and Dividing Practice”, *Griffith Law Review*, 23, n.º 3, 3 de julio de 2014, 498-518, doi: 10.1080/10383441.2014.993499.