

CAPÍTULO 11

¿A medias es mejor que nada? Evaluación de la introducción de la jurisprudencia del artículo 12 en India

Amita Dhanda*

* Profesora emérita, Universidad de Derecho NALSAR de Hyderabad, India.

SUMARIO: I. Introducción; II. Leyes indias y capacidad jurídica; III. Reforma de la capacidad jurídica; IV. Capacidad jurídica y los tribunales: Suchita Srivastav vs. el gobierno de Chandigarh; V. ¿Cuál es el veredicto?

I. Introducción

Todas las personas que defienden el cambio tienen que lidiar con dilemas sobre el ritmo y el proceso de transformación que se está exigiendo. ¿Debería ser gradual o radical? ¿Está bien hacer concesiones y que todos participen, o debería adoptarse una postura inflexible ya que toda concesión prolongaría la norma de lo anterior y solo daría una apariencia de cambio? Robert Caro, en su biografía sobre Robert Moses, tiene un párrafo revelador que documenta la impaciencia de un destacado político con idealismo y la incapacidad del idealista para comprometerse.¹ "Dichas personas", se lamenta el político, "estaban dispuestas a dedicar sus vidas a luchar por un principio y querían hacer esa lucha sin sacrificar o renunciar a ninguno de los ideales con los que la iniciaron",² incluso si la escasa disposición a transigir promueve pérdidas reales para aquellos cuya

¹ V. Caro, R. A., *The power broker: Robert Moses and the fall of New York*, Alfred A Knopf Incorporated, Nueva York, 1974.

² *Ibid.*, p. 135.

misión combaten. El párrafo me llevó a preguntarme: ¿pueden los idealistas solo categorizarse como obstáculos inflexibles? Además, si se visualiza el cambio, ¿es suficiente solo atormentarse por la sustancia del cambio, o también es importante reflexionar cómo debe efectuarse el cambio?

A menudo se ha dicho que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, CDPD— efectúa un cambio de paradigma sobre el entendimiento jurídico de la capacidad jurídica al reconocer que todas las personas con discapacidad la poseen y que el acceso a los apoyos para ejercer la capacidad de ninguna manera negaba la existencia de dicha capacidad. En otra parte ya he hablado sobre las fluctuaciones que acompañan a la adopción de este artículo en las Naciones Unidas.³ Dado que la India sigue el sistema dualista del derecho internacional, la CDPD se volvió parte de la legislación india solo después de la promulgación de las disposiciones de derecho interno. En este artículo se analiza el largo proceso de siete años para introducir el artículo 12 en la legislación india, la tensión entre las demandas de diversos actores interesados en diferentes momentos y el texto definitivo adoptado por la legislatura. Dado que las motivaciones de los diversos actores interesados eran distintas, el texto definitivo le dio a todo el mundo algo, pero nadie consiguió todo lo que quería. Este resultado me lleva a preguntarme: ¿a medias es mejor que nada?

II. Leyes indias y capacidad jurídica

En este segmento, hago una breve descripción de las legislaciones indias que necesitaban modificarse para cumplir el compromiso de la India con la CDPD. Estas legislaciones se pueden clasificar como generales y especiales. Entre las legislaciones especiales que fueron leyes elaboradas con

³ V. Dhanda, A., "Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, núm. 429, 2006.

especial atención a la discapacidad se incluyen: la Ley sobre Personas con Discapacidad —*Persons with Disabilities Act*— de 1995,⁴ la Ley sobre Salud Mental —*Mental Health Act*— de 1987;⁵ la Ley del Fondo Nacional para las Personas con Autismo, Parálisis Cerebral, Retraso Mental y Discapacidades Múltiples —*National Trust for Persons with Autism, Cerebral Palsy, Mental Retardation and Multiple Disabilities Act*— de 1999⁶ y la Ley del Consejo de Rehabilitación de la India —*Rehabilitation Council of India Act*— de 1992.⁷ Las legislaciones generales son leyes que se han elaborado para la población que no tiene discapacidades, pero que pueden tener una disposición específica que afecte a las personas con discapacidad.⁸

La Ley sobre Personas con Discapacidad de 1995, que definió de manera exhaustiva y específica la discapacidad, contemplaba principalmente derechos socioeconómicos para las discapacidades incluidas en el estatuto.⁹ La ley no se pronunciaba sobre la cuestión de los derechos políticos y civiles, y la definición exhaustiva hacía que el estatuto fuera excluyente. Para armonizar la ley con la CDPD, su perspectiva excluyente tenía que rectificarse. La Constitución de la India garantiza los derechos civiles y políticos de todas las personas o ciudadanos según el caso. Dado que la discriminación por motivos de discapacidad no estaba expresamente prohibida,¹⁰ los derechos fundamentales se podían negar a las personas

⁴ Ministerio de Derecho, Justicia y Asuntos Empresariales, "Una ley para dar efecto a la proclamación sobre la participación e igualdad plenas de las personas con discapacidad en la región de Asia y el Pacífico" —1995—, India, 1º de enero de 1996.

⁵ Ministry of Law and Justice, *The Mental Health Act*, India, 22 de mayo de 1987.

⁶ Ministry of Law, Justice and Company Affairs, *The National Trust Act*, núm. 44, India, 30 de diciembre de 1999.

⁷ *The Rehabilitation Council of India Act*, India, 1 de septiembre de 1992.

⁸ Para un tratamiento detallado de esas otras leyes y las descalificaciones impuestas por ellas, V. Dhanda, A., *Legal order and mental disorder*, Sage publication, New Delhi, India, 2000.

⁹ La sección 2(i) de la ley define la discapacidad como "ceguera, baja visión, lepra curada, discapacidad auditiva, discapacidad intelectual, discapacidad locomotora y enfermedad mental". V. Una ley para dar efecto a la Proclamación sobre la Participación e Igualdad Plenas de las Personas con Discapacidad en la región de Asia, nota 4.

¹⁰ El artículo 14 de la Constitución de la India prohíbe al Estado denegar a cualquier persona la "igualdad ante la ley y la igual protección de las leyes en el territorio de la India". Los artículos 15 y

con discapacidades intelectuales, psicosociales o de desarrollo, sin infringir la Constitución. Para remediar esta situación discriminatoria, debe abordarse la cuestión de la capacidad jurídica universal con apoyos, a fin de que la Ley sobre Personas con Discapacidad se ajuste a la CDPD.

La Ley sobre Salud Mental de 1987 aborda principalmente la cuestión del compromiso obligatorio de las instituciones psiquiátricas. Esta ley permitía el tratamiento voluntario,¹¹ pero se inclina hacia el cuidado obligatorio, ya que hacía que el juicio médico prevaleciera sobre la voluntad y las preferencias de la persona con enfermedad mental.¹² La ley también contemplaba un procedimiento mediante el cual una persona con enfermedad mental podía perder el derecho a administrar sus bienes, y un tutor podía nombrarse para cuidar a la persona.¹³ La ratificación de la CDPD hacía imperativo que la privación rutinaria de la vida y la libertad permitida por la Ley sobre Salud Mental de 1987 se sometiera a un examen.

A su vez, la Ley del Fondo Nacional era una legislación que solo se centraba en sí misma con las cuatro discapacidades mencionadas.¹⁴ Incluso cuando la ley incluía una disposición que permitía que la autoridad designada considerara si una persona con la discapacidad mencionada necesitaba o no un tutor, el estatuto en esencia avalaba la designación de un tutor para las personas con las discapacidades incluidas.¹⁵ Dado que la designación no se veía como problemática, el procedimiento de designar a un tutor no tenía el rigor de proceso justo que se encuentra en la Ley sobre Salud Mental de 1987. La CDPD requeriría una vez más que

16, no obstante, solo prohíben la discriminación por motivos de religión, raza, casta, sexo, lugar de nacimiento o cualquiera de ellas.

¹¹ Cf. The Mental Health Act, sección 15.

¹² La sección 18(3) autorizaba al superintendente médico de un hospital a rechazar el alta de un paciente voluntario si este creía que dicha alta no era en beneficio del paciente voluntario.

¹³ Cf. *ibid.*, sección 52.

¹⁴ "Autism, Cerebral Palsy, Mental Retardation and Multiple Disabilities". Cf. The National Trust Act.

¹⁵ Cf. *ibid.*, sección 14(3).

se desmantelara el modelo de tutela no problemática de la Ley del Fondo Nacional y que se constituyera un régimen de capacidad con apoyos.

Por su parte, la Ley del Consejo de Rehabilitación de la India de 1992 se centraba en asegurar el control de calidad de los servicios prestados por los profesionales que trabajan en el ámbito de la discapacidad. Incluso cuando esta ley tenía que examinar el asunto de la experiencia en discapacidad y el apoyo entre iguales, la cuestión de la capacidad jurídica solo era oblicuamente pertinente en esta legislación.

Además de esas legislaciones especiales, casi todas las leyes generales incluían disposiciones mediante las cuales las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales veían denegado su derecho a celebrar contratos, administrar bienes, casarse, ser designados como tutores o conservar la custodia de sus hijos. Estas disposiciones especiales en las leyes generales socavaron el reconocimiento otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en la CDPD. Para poder cumplir los compromisos que la India asumió al ratificar la CDPD, también se requería una derogación o enmienda de todas estas disposiciones.

Una armonización completa de la ley india con la CDPD habría necesitado que las citadas leyes indias se pusieran en el yunque de la reforma. Sin embargo, tal como se mostrará en la siguiente sección, el proceso de reforma legislativa se limitó a la Ley sobre Personas con Discapacidad de 1995 y a la Ley sobre Salud Mental de 1987. No obstante, el Fondo Nacional sí emprendió varios ejercicios de reforma legislativa. Sus esfuerzos quedaron restringidos a las oficinas del Fondo, con algunas deliberaciones a nivel administrativo. Sin embargo, no se llevó ante el Parlamento ninguna propuesta legislativa.¹⁶ Y ahora que se están apro-

¹⁶ Las diversas propuestas consideradas por el Fondo Nacional estaban entre los esfuerzos más imaginativos para hacer que la capacidad jurídica universal con apoyos fuera la norma en la India. No obstante, el gobierno permaneció en gran medida reticente a la iniciativa. Para una descripción analítica de las propuestas, V. Dhanda, A., "A Disability Studies Reading of the Laws for Persons

bando las enmiendas a la Ley del Fondo, el artículo 12 o la CDPD no son los desencadenantes de la reforma.¹⁷ Por ello, el impacto de las disposiciones especiales en las leyes generales ahora sería en gran medida un ejercicio interpretativo.¹⁸

En la siguiente sección, examino cómo se comprendió la capacidad jurídica en la Ley sobre Personas con Discapacidad y la Ley sobre Salud Mental. Dado que la perspectiva de las personas con discapacidad está en desacuerdo con la de los demás que no tienen discapacidad, también es importante examinar la participación que se proporciona a las personas con discapacidad en este proceso de reforma legislativa. El Ministerio de Justicia y Promoción Sociales primero pensó que la Ley sobre Personas con Discapacidad de 1995 podía armonizarse con la CDPD simplemente mediante una enmienda. La idea se abandonó solamente cuando las enmiendas necesarias se volvieron demasiadas. Entonces se decidió que tendría que promulgarse una nueva ley para introducir el nuevo paradigma de derechos de discapacidad. Desde un principio, el Ministerio de Salud propuso reemplazar la Ley sobre Salud Mental de 1987 con una nueva ley compatible con la CDPD.

III. La reforma a la capacidad jurídica

Esta sección se divide en dos partes. En la primera describo el proceso mediante el cual se inauguró el proceso de reforma y en la segunda parte explico las diversas formulaciones de capacidad jurídica, que se deliberaron mientras la elaboración de los estatutos partía de la consulta en el proceso de promulgación.

with Disabilities in India", en Anita Ghai (ed.), *Disability in South Asia: Knowledge and Experience*, SAGE Publishing, India, 2018.

¹⁷ The National Trust for Welfare of Persons with Autism, Cerebral Palsy, Mental Retardation and Multiple Disabilities (Amendment) Bill, India, 20 de diciembre de 2018.

¹⁸ Una de las reglas importantes de la interpretación de la ley permite que las leyes especiales prevalezcan sobre las leyes generales. Esto significaría que en una situación de conflicto prevalecerían las leyes especiales que se han enmendado. Sin embargo, esto requeriría que alguien lleve el asunto al tribunal. De otro modo, las leyes previas a la CDPD en la legislación india seguirán ocupando el terreno.

1. Proceso de reforma legislativa

A. Ley sobre Personas con Discapacidad

Para la nueva Ley sobre Personas con Discapacidad, el Gobierno de la Unión conformó un comité multisectorial a fin de formular una ley de derechos de las personas con discapacidad.¹⁹ Hubo representantes de los principales ministerios y algunos estados, pero la mayoría de los miembros del gobierno en el comité iba ocasionalmente y guardaba silencio o expresaba sus opiniones; no se comprometieron con los asuntos tratados por el comité. La responsabilidad de formular el proyecto legislativo residía en gran medida en el comité y el Centro de Estudios sobre Discapacidad en la Academia Nacional de Estudios e Investigaciones Jurídicas, el asesor jurídico del comité.

Entre las mayores preocupaciones del comité estaba la de conducir sus asuntos de una manera participativa. Ante la insistencia del sector de discapacidad, la composición del comité se amplió para garantizar que todas las discapacidades y todos los sectores estuvieran representados en el comité. Los miembros designados se sintieron responsables con su comunidad y el sector de discapacidad no quería ser informado sobre las decisiones del comité después del hecho, pero quería estar al tanto incluso mientras los asuntos se estaban discutiendo. Esta necesidad de una consulta de gran alcance impulsó sobre todo el procedimiento adoptado por el comité.

Esta consulta se garantizó de varias maneras. El comité formó subgrupos para todos los asuntos importantes que necesitaban abordarse en el estatuto. Diversos expertos en el sector que no formaron parte del comi-

¹⁹ El Ministerio de Justicia y Promoción Sociales, mediante la notificación F Núm. 16-38/2006-DD. III, con fecha del 30 de abril de 2010, constituyó un comité presidido por Sudha Kaul con miembros que representaban a las personas con discapacidad, ONG y expertos del sector de discapacidad, para redactar una nueva ley que reemplazara a la Ley sobre Personas con Discapacidad —igualdad de oportunidades, protección de los derechos y plena participación— de 1995 —Ley PwD—.

té fueron invitados a deliberar sobre el asunto en los subgrupos, de modo que la experiencia disponible para el comité era más amplia de la que poseían sus miembros. Si bien el comité tenía su propio asesor jurídico, el proyecto legislativo también fue examinado por un grupo de expertos jurídicos en una consulta especial.

Con el fin de mantener al tanto al sector de discapacidad, las minutas de todas las reuniones del comité se publicaron en el sitio web del Ministerio de Justicia y Promoción Sociales, y aún se pueden encontrar en el sitio del Centro de Estudios sobre Discapacidad.²⁰

Hubo dos proyectos de la ley propuesta que se presentaron para su deliberación, y el Ministerio brindó apoyo financiero a los miembros del sector que deseaban asistir a las consultas, que tuvieron lugar en Delhi, antes de que el informe final se enviara al gobierno. Dado que el número de personas que podía ir a la capital del país era necesariamente limitado, el penúltimo borrador de la ley se consultó a lo largo y ancho del país en el idioma de la provincia.²¹ También circularon copias del borrador del informe en lenguaje de señas y Braille. Los miembros del comité viajaron por todas partes en el país para explicar la ley, así como para recibir representaciones de los actores interesados. Si el comité aceptó la sugerencia de algún actor interesado, esta aceptación se registró en las notas al pie de página del informe final.²²

Esta descripción fundamental del proceso adoptado por el comité muestra que el motor del procedimiento fue una deliberación participativa. De hecho, hubo momentos en los que se sentía que el comité deliberaba

²⁰ V. Centre for Disability Studies, *The Rights of Persons with Disabilities Bill 2011, Law and Policy Reform*. Consultado el 2 de octubre de 2021.

²¹ India tiene 22 idiomas oficiales que se mencionan en el Anexo VIII de la Constitución. Además, hay 121 idiomas y 270 lenguas nativas. V. *Statement-1 Abstract of Speakers Strength of Languages and Mother Tongues*.

²² V. Centre for Disability Studies, *Final Report of the Committee on Drafting the Rights of Persons with Disabilities Bill 2011, Law and Policy Reform*.

más de lo que decidía. En determinadas coyunturas críticas, el Comité se vio obligado a optar por reuniones a puertas cerradas para poder llegar a proyectos que después pudieran someterse a consulta.

El valor de la consulta se logró cuando la redacción de la ley pasó del comité al Ministerio. Si la transparencia fue la pauta dominante del comité, el secreto dictó las operaciones del ministerio. Después de que este informe ampliamente consultado se enviara al Ministerio, se compartió un proyecto en 2012,²³ que aceptó en gran medida el informe del comité sobre los derechos y obligaciones sustantivos, excepto la exigencia de que los derechos económicos se relacionaran con la gravedad de la discapacidad. El proyecto del comité sobre las autoridades, no obstante, fue totalmente rechazado y el gobierno prefirió adoptar un enfoque más conservador.

Después se filtró que el ministerio planeaba adoptar una versión mutilada de la ley.²⁴ Esto resultó en protestas en las calles de todo el país, y el gobierno se vio obligado a postergar sus planes y consultar el proyecto de ley con una comisión parlamentaria mixta. La comisión reconoció la consternación del sector e intentó alcanzar un compromiso entre el gobierno y el sector. Concretamente, le pidió al gobierno que volviera a examinar las disposiciones sobre tutela, pero el ministerio no acató estas recomendaciones.

B. La Ley sobre Salud Mental

En contraposición con la Ley sobre Discapacidad, se adoptó un proceso más tecnocrático para reformar la Ley sobre Salud Mental. El Ministerio

²³ V. Department of Disability Affairs, The Draft Rights of Persons with Disabilities Bill, 2012, India. Consultado el 5 de octubre de 2021.

²⁴ Salvo para aumentar el número de discapacidades que la ley había de cubrir, el proyecto de ley de 2013 eliminó todas las disposiciones progresistas del proyecto del comité, así como la propia versión de 2012 del gobierno, tal como se registra en la siguiente fuente: Ganz, Kian, "What is wrong with the leaked 'Mincemeat' Disabilities Bill 2013? Annotated and amp.; explained, section by section, by Nalsar", en Legally India, 6 de febrero de 2014.

de Salud y Bienestar Familiar, que fue el ministerio encargado de administrar las cuestiones de salud, estableció un comité compuesto de un psiquiatra y un profesor de derecho para formular el primer borrador de la Ley sobre Salud Mental. Este organismo de dos miembros propuso el primer borrador, que luego circuló para sugerencias y dos consultas orales que se llevaron a cabo en el norte y sur del país. En comparación con la Ley sobre Discapacidad, el proceso de redacción del proyecto estuvo supervisado más de cerca por el ministerio, que vio el asunto principalmente como uno de atención y tratamiento, mientras que algunas personas con discapacidades psicosociales y sus organizaciones pidieron que también se abordaran las dimensiones sociales, y que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad se respetaran en el fondo y no solo en forma. El experto y el ministerio prefirieron quedarse con la perspectiva psiquiátrica.²⁵ Dado que los promotores del enfoque psicosocial encontraron poco apoyo entre los consultores y el ministerio, optaron por boicotear los procesos de consulta para hacer una manifestación visible de su desacuerdo. El ministerio siguió renovando la invitación para participar, pero no cambió su postura. Los activistas sintieron que la participación legitimaría el proceso adoptado por el ministerio y, por lo tanto, no aceptaron la invitación. Esta legislación también se refirió a la comisión parlamentaria mixta, que invitó a representaciones y dio audiencia a diversos actores interesados, lo cual llevó a muchos cambios en la legislación.²⁶ Sin embargo, las disposiciones sobre capacidad jurídica permanecieron iguales en gran medida.

2. Las muchas encarnaciones de la capacidad jurídica

A. Ley sobre Personas con Discapacidad

Como ya se señaló, el proyecto de ley que se envió al gobierno se finalizó después de intensas consultas. Durante estas, se presentaron dos iniciativas

²⁵ V. <<http://www.prsindia.org/uploads/media/draft/Draft%20Mental%20Health%20Care%20Act.%202010.pdf>> y <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Mental%20Health/SCR%20Mental%20Health%20Care%20Bill.%202013.pdf>>.

²⁶ Lo más destacado es que se eliminó la disposición por la que todos los suicidios se consideraban pruebas de trastorno mental.

importantes ante el comité: una a través de la cual se solicitó al comité que reconociera inequívocamente la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, y otra que sugería la derogación de todas las disposiciones jurídicas mediante las cuales se deniega la capacidad jurídica. Las personas que compartían esta opinión querían que las personas con discapacidad se librasen de los grilletes de la tutela al sugerir la derogación de las diversas leyes que estipulaban la tutela plena —interdicción—. Argumentaban que dicho cambio venía dictado por la CDPD y cualquier otra opción atentaba contra la forma y el espíritu de la Convención.

En contraposición a los grupos que promovían la autonomía total —que en gran parte abogaban por sí mismos—, había grupos dirigidos por familias de personas con discapacidad que defendían la protección y se oponían al modelo de talla única de la promoción del grupo de autonomía. Hacían campaña por la conservación de la tutela para que las personas con discapacidad que necesitaban el apoyo pudieran aprovecharse de dichos mecanismos tutelares. Incluso cuando varios miembros del grupo estuvieron de acuerdo con la visión de la CDPD de pasar de un enfoque de sustitución a uno de apoyo, señalaron que dichos apoyos aún no estaban disponibles. En opinión de esas familias, reemplazar la tutela sin las estructuras de apoyo habría sido insensible a las necesidades de varias personas con discapacidad. A pesar de esas diferencias, ambos grupos estuvieron de acuerdo en que todas las personas con discapacidad tenían capacidad jurídica y también el derecho a buscar apoyo, ya fuera alto, mínimo o ninguno. El punto de discordia era qué hacer con la tutela, en particular.

La disposición que se incluyó en el informe final del comité fue un esfuerzo para encontrar un término medio. El informe final incorporó una disposición a través de la cual todas las tutelas plenas habían de transformarse en *tutelas limitadas por fuerza de la ley*.²⁷ Esta disposición, que

²⁷ Después de la entrada en vigor de esta ley, se considerará en adelante que cualquier disposición en cualquier ley, regla, reglamento o práctica que estipule el establecimiento de la tutela plena establecerá un sistema de tutela limitada.

fue una medida transitoria, se vio acompañada de una afirmación inequívoca de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad.²⁸ En una tutela limitada, el tutor estaba obligado a actuar en estrecha consulta con la persona bajo tutela y respetar plenamente su voluntad y preferencias. Esta medida había de subsistir por un periodo breve, para permitir que el Estado y la sociedad implementaran medidas de apoyo. La idea era usar la institución de tutela como una vía de transición del enfoque de sustitución al de apoyo. Por consiguiente, la tutela plena se volvió limitada; el movimiento de lo limitado a lo pleno era inadmisibile. Asimismo, cualquier denegación de capacidad jurídica por motivo de discapacidad se rechazó en la ley,²⁹ y se implementaron obligaciones explícitas en el Estado para suministrar apoyo.³⁰ Estas dispersiones estaban

²⁸ 18. Derecho a la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley

(1) Aunque se disponga lo contrario en cualquier otra ley, las personas con discapacidad disfrutan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida y tienen el derecho al igual reconocimiento en todas partes como personas ante la ley.

(2) Cualquier descalificación expresa o implícita por motivo de discapacidad prescrita en una ley, regla, notificación, estatuto, reglamento, costumbre o práctica que tenga el efecto de privar a cualquier persona con discapacidad de su capacidad jurídica no será jurídicamente ejecutable a partir de la fecha de ejecución de esta ley.

(3) Aunque se disponga lo contrario en cualquier otra ley, todas las personas con discapacidad tienen el derecho, en igualdad de condiciones con los demás, a poseer o heredar bienes, controlar sus asuntos financieros, obtener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero, y no verse privadas arbitrariamente de su propiedad.

(4) Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de acceso a todos los arreglos y apoyos necesarios para ejercer su capacidad jurídica de acuerdo con su voluntad y preferencias.

(5) La capacidad jurídica de una persona con discapacidad no se cuestionará ni denegará, independientemente del grado y el alcance del apoyo, por razón del acceso a los apoyos para ejercer la capacidad jurídica.

²⁹ Cualquier ley, mandato o procedimiento que tenga el efecto de denegar la capacidad jurídica de una persona con discapacidad en cualquier asunto o que cuestione la capacidad jurídica de una persona con discapacidad por motivo de discapacidad se invalidará.

³⁰ 20. *Obligación de prestar apoyo*

(1) Los gobiernos correspondientes establecerán o designarán a una o más autoridades para movilizar a la comunidad y crear redes sociales para apoyar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dichas autoridades:

a. adoptarán disposiciones inmediatas para implementar medidas de apoyo adecuadas para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad que viven en instituciones y las personas con discapacidad que necesitan tener un alto grado de apoyo.

b. adoptarán disposiciones adecuadas, que incluyan, si procede, procedimientos de mediación, para poder ayudar a las personas con discapacidad que han salido de la tutela plena para establecer, cuando lo requieran dichas personas con discapacidad, medidas de apoyo adecuadas, que no sean la tutela limitada para el ejercicio de su capacidad jurídica.

encaminadas a obtener consenso en el comité, lo cual no se logró, ya que todos los partidarios de la postura de la supresión inmediata optaron por dimitir del comité.

Las disposiciones sobre capacidad jurídica que finalmente se incorporaron en la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad —*Rights of Persons with Disabilities Act*— de 2016 se basaron en el informe del comité, pero el tono y el tenor inequívocos del texto del informe se volvieron más ambiciosos, y la sección 13(2) de la ley requirió que el gobierno correspondiente "garantizara que las personas con discapacidad disfruten de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida y tengan el derecho al igual reconocimiento en todas partes como personas ante la ley". La disposición que rechazaba en la ley la denegación de capacidad jurídica por motivo de discapacidad no se adoptó. En el proyecto del comité, se presentó la *tutela limitada* para reducir los rigores de la *tutela plena*, pero la sección 14 de la ley de 2016 permitió arreglos de tutela limitada "si una persona con discapacidad a la que se le ha prestado apoyo adecuado y apropiado" no es capaz de tomar decisiones jurídicamente vinculantes, por lo que dicha persona puede recibir "más apoyo de un tutor limitado". Así, esta tutela limitada pasó de ser una medida transitoria en espera de la creación de sistemas de apoyo a un elemento permanente del sistema de apoyo. Y en lugar de imponer explícitamente obligaciones de prestar apoyo en el gobierno correspondiente, tal como se exige en el proyecto del comité, la sección 15 de la ley de 2016 solo exigía al gobierno correspondiente que "designara a una o más autoridades para movilizar a la comunidad y crear conciencia social para apoyar a las personas con discapacidad en

c. adoptarán las disposiciones para revisar cómo está funcionando el sistema de tutela limitada para las personas con discapacidad, incluidas aquellas que viven en instituciones, así como para ayudar a dichas personas con discapacidad a establecer medidas de apoyo adecuadas para ejercer su capacidad jurídica

(2) El proceso de revisión que se menciona en la subcláusula (1) © es facilitador por naturaleza, y a ninguna persona con discapacidad se le puede denegar su capacidad jurídica o rechazar el beneficio de las medidas de tutela limitada debido a una demora o falta de revisión.

el ejercicio de su capacidad jurídica". La ley incorporaba disposiciones sobre capacidad jurídica y apoyo, pero como meras aspiraciones y no como medidas jurídicas no negociables dirigidas a obtener la plena integración de las personas con discapacidad.

B. La Ley de Atención de Salud Mental de 2017

Como ya se mencionó, la redacción de la nueva Ley de Atención de Salud Mental, a diferencia de la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, se promulgó para mejorar la calidad de la atención de la salud mental disponible para las personas con enfermedades psiquiátricas y no para promover su voluntad y preferencias. Dado que la competencia de las personas con un diagnóstico para buscar tratamiento, continuarlo o descontinuarlo siempre ha sido sospechosa, la ley también abordaba el asunto de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica preocupaba a los artífices de la ley sobre salud mental, ya que su ausencia puede impedir que una persona con una enfermedad psiquiátrica recibiera tratamiento. De este modo, incluso cuando la ley, según su preámbulo, se estaba promulgando para armonizar la legislación india con la CDPD, lo que parecía estar impulsando la ley no era la CDPD misma, sino los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedad Mental de 1991, de Naciones Unidas.³¹ La sección 3(1) de la Ley sobre Salud Mental estipula que la enfermedad mental se determinará de acuerdo con criterios médicos aceptados a nivel nacional e internacional, incluida la edición más reciente de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, que notifica el gobierno central. Y la sección 3(3), en consonancia con los principios de las Naciones Unidas, decreta un embargo al diagnóstico de la enfermedad mental sobre la base de la pertenencia o condición política, económica y social del grupo cultural,

³¹ V. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care, 17 de diciembre de 1991.

racial o religioso, o cualquier otro motivo que no sea directamente relevante para el estado de salud mental de una persona.

Tras haber declarado la primacía del "paradigma médico", la ley declara que toda persona —incluidas las personas con enfermedades mentales— se considerará competente para tomar sus propias decisiones de atención y tratamiento, a condición de que posea las competencias necesarias, como la capacidad para comprender la información relevante del tratamiento y la capacidad para comprender las consecuencias previsibles de aceptarlo o rechazarlo. Y si carecía de la mencionada competencia para que se realice el tratamiento, era necesario que alguien fuera capaz de decidir en su nombre. La Ley de Atención de Salud Mental abordó la cuestión de la capacidad jurídica previendo esta posibilidad. El "enfoque de sustitución" se estableció de dos maneras distintas. En primer lugar, la ley permite que cualquier persona estipule quién actuará en su nombre si la primera es incapaz de hacerlo por sí misma. La ley permite que las personas registren *voluntades anticipadas*³² o nombren representantes que actuarán en su nombre. La simple creación de una voluntad anticipada no garantiza en absoluto que se respetará la voluntad de la persona que la crea. La sección 11 de la ley permite que un profesional de la salud mental, familiar o cuidador solicite al órgano competente la modificación de la voluntad anticipada. Uno de los motivos por los que se puede obtener dicha modificación es que la persona que crea la voluntad anticipada carezca de capacidad o libertad, o no entienda lo que está haciendo. Incluso cuando los profesionales de la salud mental tengan la opción de cuestionar la voluntad anticipada, para poder subrayar la dimensión de "bajo su propio riesgo, la sección 13 de

³² La sección 5 de la Ley sobre Salud Mental permite la creación de voluntades anticipadas por escrito, donde los individuos pueden especificar cómo deben o no deben ser tratados. Se activarán cuando las personas pierdan la competencia para decidir por sí mismas, pero estarán operativas solo si se crean de conformidad con la ley, y cualquier voluntad anticipada que infrinja los requisitos jurídicos será nula *ab initio*.

la Ley de Atención de Salud Mental concede inmunidad ante la responsabilidad a los médicos y los profesionales de la salud mental para seguir una voluntad anticipada válida.

En segundo lugar, se regula un esquema para nombrar a un representante, de forma similar a las voluntades anticipadas. La sección 14 de la ley permite que las personas nombren en orden de preferencia a uno o más representantes que actuarían en su nombre. Para garantizar que no haya vacío para las personas que no nombraron a un representante, la sección 14(4) proporciona una lista estatutaria de personas que se considerarían representantes designados para cada persona. Estas disposiciones permitirían estatutariamente que los representantes designados tuvieran la misma autoridad que el representante autodesignado. La sección 17 especifica las consideraciones que han de tener en cuenta los representantes nombrados sobre cómo desempeñar sus funciones. Al especificar estas funciones, no se hace ninguna distinción entre los representantes autodesignados y los representantes designados estatutariamente. La ley no ofrece orientación especial a los representantes designados estatutariamente sobre cómo deben cumplir sus responsabilidades, como considerar los deseos actuales y pasados de la persona con enfermedad mental, así como dar o denegar consentimiento para la investigación. Tampoco se hizo ninguna distinción incluso cuando la ley permite que el director de Bienestar Social o sus representantes funjan como los representantes designados.

Salvo por estas dos nuevas introducciones de las voluntades anticipadas y los representantes designados, la Ley de Atención de Salud Mental conservó los procedimientos de admisión para los ingresos voluntarios e involuntarios a centros psiquiátricos que se estipulan en la Ley sobre Salud Mental de 1987. Solo la ley más reciente exige que las admisiones se hagan siguiendo todas las salvaguardias del proceso justo. Autorizó el establecimiento de juntas de examen sobre la salud mental como órganos de supervisión a los que se puede apelar por malas condiciones de vida o la infracción de cualquier derecho garantizado por la ley. Dichos recursos

se pueden presentar contra las decisiones de la Junta de Examen ante la Suprema Corte. A diferencia de la Ley sobre Salud Mental de 1987, la ley de 2017 solicita que se brinde atención de salud mental empleando la alternativa menos restrictiva.

Incluso cuando estos requisitos se han incorporado, la ley está más centrada en hacer que el tratamiento sea accesible y esté fácilmente disponible para todos. De este modo, permite que se presenten servicios de ambulancia para las personas con enfermedad mental en los mismos términos que para la enfermedad física,³³ incluso cuando tal vez la persona con enfermedad mental no desee dicho tratamiento. Con una lógica similar, a las personas con enfermedad mental se les ha concedido un derecho legal para adquirir medicamentos esenciales por sí mismos y solicitar reembolso por dichos gastos.³⁴ El acceso solo se ha concedido para los servicios médicos. Incluso cuando se proporcionan alternativas, son para otros sistemas de medicina.³⁵ Las intervenciones psicosociales como el apoyo entre iguales o el diálogo abierto que las personas con discapacidades psicosociales y sus pares han considerado eficaces en ningún caso están reconocidas en la ley, incluso cuando puedan ser las opciones preferidas de las personas con enfermedades mentales.

La CDPD estaba un paso adelante de la alternativa menos restrictiva y las salvaguardias de proceso justo de los Principios de Enfermedad Mental. Reconociendo lo mismo, el preámbulo de la CDPD omitió expresamente la referencia a los Principios en su lectura de iniciativas anteriores a la CDPD, lo que significa un reconocimiento progresivo de los derechos de las personas con discapacidad. Con todo, la legislación india parece regirse

³³ Cf. Ministry of Law and Justice, Mental Healthcare Act 2017, sección 21 (1)(c), India, 7 de abril de 2017.

³⁴ *Ibid.*, sección 18(10).

³⁵ La disposición de la subsección (10) de la sección 18 estipula el acceso a los medicamentos prescritos por sistemas de medicina que no sean la alopatía, como ayurveda, yoga, unani, siddha y homeopatía.

más por los Principios que por la Convención. La Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad está ideológicamente más cercana a la CDPD, pero ha instaurado la tutela limitada en la ley, aunque esté "enmascarada" como apoyo. Además, la ley proporciona poca protección contra la discriminación, ya que el componente de cumplimiento del texto es débil.

Las personas que viven con una enfermedad mental se incluyeron en ambas legislaciones, pero de manera diversa. Ambas legislaciones son especiales si se comparan con otras leyes relacionadas con las personas sin discapacidad. Sin embargo, la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que incluye 23 discapacidades y permite la posibilidad de más inclusiones, podría categorizarse como la legislación general para las personas con discapacidad, mientras que la Ley de Atención de Salud Mental, que solo estipula el cuidado y tratamiento de las personas con enfermedad mental, podría percibirse como la legislación especial. La continuidad del discurso de *incompetencia* en dicha ley podría dificultar la efectivización de los derechos garantizados a las personas con enfermedades mentales en la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Las posibilidades de estos conflictos son reales, y la manera en que se resolverán dependerá en gran medida de cómo los tribunales abordan la cuestión de la capacidad jurídica y la condición de persona.

Para poder completar esta narrativa sobre la legislación vigente en India sobre capacidad jurídica, examinaré algunas decisiones judiciales que han abordado la cuestión de la capacidad jurídica después de la adopción de la CDPD. Aún no han surgido controversias en torno a los dos estatutos en los tribunales de apelación. Por lo tanto, en la última sección, explicaré básicamente la única decisión judicial en la que la controversia se resolvió en torno a la cuestión de la capacidad y la libre elección, y la abogada de la recurrente invocó la CDPD para buscar protección judicial para las elecciones de su cliente con discapacidad intelectual.

IV. Capacidad jurídica y tribunales: Suchita Srivastav vs. el Gobierno de Chandigarh³⁶

Este caso se relaciona con una joven mujer, según se informa, con "discapacidad intelectual leve", que mientras vivía en un refugio para mujeres fue objeto de agresión sexual por una persona desconocida y quedó embarazada. Teniendo en cuenta su discapacidad y su precariedad económica, el gobierno de Chandigarh opinó que el embarazo debía interrumpirse. Se estableció una junta médica que, a la vez que informó de su diagnóstico y comprensión insuficiente, también registró que la joven quería llevar el embarazo a término. Dado que la posición jurídica sobre la cuestión era delicada, el gobierno de Chandigarh acudió al Alto Tribunal del Estado para solicitar permiso para seguir adelante. Se constituyó una segunda junta médica, que de nuevo indicó la vulnerabilidad de la mujer y planteó algunas preocupaciones sobre sus "capacidades para la crianza", aunque no opinó que el embarazo debiera interrumpirse. No obstante, el Alto Tribunal sostuvo que el estado mental de la mujer la hacía incompetente para criar a un niño, por lo que, pese a la fase avanzada del embarazo, debía abortar.

Dado que la mujer quería quedarse con el niño, una joven abogada llevó el caso ante la Suprema Corte de India, ya que estimaba que la CDPD carecía de sentido si a una mujer con una discapacidad intelectual se le denegaban sus derechos reproductivos, en función de su discapacidad. La Suprema Corte admitió el caso y autorizó una audiencia urgente e incluso otorgó ayuda a la persona con discapacidad. Sin embargo, el razonamiento para la decisión se derivó básicamente de la interpretación que hizo la corte de la Ley sobre la Interrupción Médica del Embarazo —*Medical Termination of Pregnancy Act*— de 1971, que exigía que, salvo en el caso de una menor de edad o una mujer con enfermedad mental,

³⁶ V. Supreme Court of India, *Suchita Srivastava y Anr vs. Chandigarh*, 28 de agosto de 2009. Consultado el 5 de octubre de 2021.

un aborto no podía efectuarse sin el consentimiento de la mujer.³⁷ Dado que la mujer no era una mujer con una enfermedad mental y solo tenía una "discapacidad intelectual leve", no podía considerarse incompetente, y su decisión tenía que respetarse. La Suprema Corte tampoco consideró que el Alto Tribunal hubiese actuado en aras del *interés superior* de la mujer con discapacidad, "ya que interrumpir el embarazo de la víctima no se hacía en virtud de su «interés superior»". Practicar un aborto en esa fase tan avanzada podría haber puesto en peligro la salud física de la víctima, y esto hubiera podido causarle también más angustia mental, dado que ella no había dado su consentimiento a dicho procedimiento. Además, la corte se negó a aceptar la interpretación del Alto Tribunal, ya que atenuaba el requisito de consentimiento, y lo mismo "constituiría una restricción arbitraria e irrazonable sobre los derechos reproductivos de la víctima".

La mujer ante la corte era una mujer con una discapacidad intelectual, la corte protegió su decisión, pero la protección se hizo con base en el lenguaje llano de la Ley sobre la Interrupción Médica del Embarazo. No, en cambio, debido a una comprensión de los derechos de las personas con discapacidad. Aun así, la corte tomó en cuenta la CDPD y consideró que la decisión del Alto Tribunal constituía una infracción de dicho compromiso internacional. Sin embargo, al recurrir al derecho internacional, la Suprema Corte de India optó por reproducir el texto completo de la Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental, y la existencia de la CDPD se reconoció en esta frase única que señalaba: "Debemos también tener en cuenta que la India ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) el 1 de octubre de 2007 y que el contenido de la misma es vinculante en nuestro sistema

³⁷ Sección 3(4)

(a) La sección relevante estipulaba que "Ningún embarazo de una mujer que no haya alcanzado la mayoría de edad o que, si ya alcanzó la mayoría de edad, sea una persona con una enfermedad mental, debe interrumpirse, a no ser con el consentimiento por escrito de su tutor.

(b) Salvo disposición en contrario en la cláusula (a), ningún embarazo se interrumpirá a no ser con el consentimiento de la mujer embarazada".

jurídico". Tal vez si la corte hubiera hecho una conexión real y no conceptual con la CDPD, su tratamiento de los derechos de las personas con una enfermedad mental habría resultado mejor informado. Tal como están las cosas, la corte reforzó el estereotipo de incompetencia que acompaña a las personas con enfermedades mentales.

El Alto Tribunal extendió la incompetencia que se impone a las personas con enfermedades mentales con el razonamiento de que la discapacidad intelectual y la enfermedad mental suelen ponerse juntas. A diferencia del Alto Tribunal, la Suprema Corte opinó que mientras que las "categorías pueden colapsar a efectos de facultar a las clases de personas respectivas, no se puede soslayar la misma distinción con el fin de interferir en la autonomía personal que se ha otorgado a las personas con discapacidad intelectual para ejercer sus derechos reproductivos".

Esta opinión la expresó el máximo tribunal a la vez que se pronunciaba sobre los derechos de las personas con discapacidad que también están protegidos por la ley. Puede esperarse que se adopte la misma perspectiva cuando la corte tenga que interpretar disposiciones legales contrarias al ejercicio de los derechos de las personas con enfermedades mentales. Lo ideal es que la corte interprete los derechos de la Ley sobre Personas con Discapacidad con un enfoque liberal y adopte una interpretación más estricta de las disposiciones de la Ley de Atención de Salud Mental, que deniegan la voluntad y las preferencias de las personas con enfermedades mentales. En este momento, no obstante, la cuestión se encuentra todavía en el ámbito de la especulación.

V. ¿Cuál es el veredicto?

La narrativa anterior muestra que ni un compromiso con el Estado ni un boicot produjeron los resultados deseados en la cuestión de la capacidad jurídica. Tanto en la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad como en la Ley de Atención de Salud Mental, los ministerios correspondientes mantuvieron su visión. Sin embargo, en el caso del primero, el

gobierno tuvo que retirar una legislación severamente mutilada y apaciguar al sector de la discapacidad. Creo que la consulta amplia que llevó a cabo el comité dio lugar a una comunidad informada, que protestó porque conocía la diferencia entre la promesa y el resultado. Además, el proyecto del comité llevó a la gente a comprender qué era posible en la ley, lo cual ayudó en el proceso de defensa. El gobierno no pudo decirle a la gente que nada más era posible. Además, en la redacción de la Ley sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, el gobierno estaba respondiendo al proyecto de la sociedad civil, mientras que, en la Ley de Atención de Salud Mental, la sociedad civil tuvo que hacer sugerencias sobre el proyecto preparado por los tecnócratas con apoyo del gobierno. Si bien estuvieron de acuerdo en hacer cambios cosméticos, hubo un rechazo total para dejar atrás el paradigma médico. Y pese a todo, me pregunto si un compromiso más persistente en lugar de un frío boicot habría producido mejores resultados. Entonces, ¿a medias es mejor que nada? Tal vez.