

CAPÍTULO 9

Revisión crítica de las reformas a la capacidad jurídica en la región africana

Dianah Msipa*

* Maestra en derecho, por la universidad McGill, Canadá. Responsable del programa en la Unidad de Derechos de las Personas con Discapacidad del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria. Imparte el módulo de Protección de los derechos de las personas con discapacidad en África, en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pretoria. La autora desea dar las gracias a Paul Juma por su inestimable y magistral ayuda en la investigación para preparar este capítulo del libro.

SUMARIO: I. Términos clave; II. Introducción; III. El derecho a la capacidad jurídica explicado; IV. Capacidad jurídica y el papel del apoyo; V. El derecho a la capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica; VI. Revisión de las reformas en Kenia, Zambia y Sudáfrica; VII. Conclusión.

I. Términos clave

En este capítulo, me refiero tanto al "derecho" a la capacidad jurídica, como al derecho a un igual reconocimiento ante la ley, de dicha capacidad. Reconozco que, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD— la capacidad jurídica es un subapartado fundamental del derecho al igual reconocimiento ante la ley, un medio para alcanzar un fin por decirlo así. No obstante, es un derecho en sí mismo que las personas con discapacidad tienen y los Estados partes están obligados a respetar, promover y cumplir; de la misma forma en que las personas con discapacidad tienen derecho a obtener ajustes razonables y los Estados partes una obligación de proporcionarlos. De hecho, la capacidad jurídica aparece como un derecho en otros lugares. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —en adelante CEDAW— establece el derecho a la capacidad jurídica para las mujeres.

Pese a que el principal derecho en la CDPD, el artículo 12, es el derecho al igual reconocimiento ante la ley y no a la capacidad jurídica, la última ha cobrado relevancia porque es un tema polémico. De hecho, es el aspecto de la capacidad jurídica lo que suele ser motivo de controversia. Es el derecho a la capacidad jurídica el que no es universal, porque se considera que algunos tienen capacidad jurídica mientras que a otros se les niega por motivos de discapacidad. Por consiguiente, este capítulo hace referencia a la capacidad jurídica universal y el igual reconocimiento ante la ley no universal.

II. Introducción

La mayoría de los países africanos han firmado y ratificado la CDPD y su Protocolo facultativo indicando su disposición a quedar obligados por sus normas y criterios.¹ De los cincuenta y cuatro países africanos, cuarenta y ocho han ratificado la CDPD y cuarenta y nueve han ratificado el Protocolo facultativo de la CDPD.² El artículo 12, que se considera "emblemático del cambio paradigmático de la Convención",³ exige que los Estados partes "reconozcan que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida".⁴ En particular, la CDPD reconoce la capacidad jurídica "universal" para todas las personas con discapacidad, independientemente de la gravedad de su condición.⁵ Esta es la razón por la que la CDPD también exige que los Estados partes "adopten medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apo-

¹ V. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: situación al 17-08-2020". Disponible en <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en>.

² *Id.*

³ Quinn, G., "Personhood and legal capacity: Perspectives on the paradigm shift of article 12 CRPD", en *Address at Harvard Law School*, 20 de febrero de 2010, (transcripción disponible en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard), p. 4.

⁴ CDPD, art. 12 (2).

⁵ Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., "Civil Death: Rethinking the Foundations of Legal Personhood for Persons with a Disability", en *56 Irish Jurist (N.S.)*, 2016, pp. 286, 289.

yo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".⁶ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las personas con discapacidad en África —el Protocolo sobre Discapacidad en África— un instrumento regional que aborda específicamente los derechos de las personas con discapacidad en África, también exige el reconocimiento de la capacidad jurídica y el suministro de apoyo para ejercer la capacidad jurídica.⁷

Pese a haber ratificado la CDPD, muchos gobiernos, incluidos los africanos, siguen oponiéndose a la idea de capacidad jurídica "universal" para todas las personas con discapacidad.⁸ La jueza Kristin Booth Glen, escribió lo siguiente sobre su primer acercamiento al nuevo paradigma en el artículo 12 "agarrar la ola del nuevo paradigma emergente es desorientador, incómodo, incluso aterrador".⁹ Los gobiernos se resisten porque están convencidos de que algunas personas simplemente no pueden tomar decisiones por sí mismas.¹⁰ Por consiguiente, hay un enorme abismo entre el criterio del artículo 12 y la práctica a nivel nacional, lo que hace que la necesidad de una reforma sobre capacidad jurídica se vuelva un asunto de máxima urgencia.¹¹

⁶ CDPD, art. 12 (3).

⁷ Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en África (en adelante: Protocolo sobre Discapacidad en África) adoptado durante el trigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea, celebrada en Adis Abeba, Etiopía, el 29 de enero de 2018, art. 7 (2) (a) y 7 (2) (c). Aunque el Protocolo sobre Discapacidad en África aún no entra en vigor, este artículo hará referencia a él porque después de su adopción por parte de la Unión Africana, se volvió parte del marco africano de derechos humanos. Una vez que entre en vigor, es probable que se convierta en el instrumento de derechos de las personas con discapacidad más influyente de la región. El Protocolo sobre Discapacidad en África entrará en vigor treinta días después de que se haya depositado el decimoquinto instrumento de ratificación, de acuerdo con su artículo 38. Hasta ahora, nueve estados africanos han firmado el Protocolo sobre Discapacidad en África, pero ninguno lo ha ratificado. Los nueve estados que han firmado el Protocolo sobre Discapacidad en África son Angola, Burkina Faso, Camerún, Gabón, Mali, República Centroafricana, Ruanda, Sudáfrica y Togo.

⁸ Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 289.

⁹ V. Booth Glen, K., "Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship and Beyond", en *Columbia Human Rights Law Review* 93, 2012, p. 162.

¹⁰ Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 308.

¹¹ *Ibid.*, p. 304.

La región africana ha visto esfuerzos de reforma esporádicos sobre la capacidad jurídica, con miras a cerrar esta brecha alineando la legislación nacional con la CDPD. Kenia, Zambia y Sudáfrica han adoptado medidas para reformar la legislación nacional sobre capacidad jurídica con diferentes niveles de éxito. Los esfuerzos de reforma en dichos países han tenido lugar mediante los tribunales y la legislatura.

Tras ratificar la CDPD el 5 de mayo de 2008,¹² Kenia tiene actualmente dos proyectos de ley ante el Parlamento, a saber, el proyecto —enmienda— de Ley sobre Personas con Discapacidad de 2015 y el proyecto —enmienda— de Ley sobre Salud Mental de 2018, que buscan incorporar al derecho interno la CDPD.¹³ Zambia ratificó la CDPD el 2 de febrero de 2010,¹⁴ y dos años más tarde, promulgó la Ley de Personas con Discapacidad de 2012, que incorpora al derecho interno la CDPD.¹⁵ En 2019, Zambia también promulgó la Ley de Salud Mental en la que el derecho a la capacidad jurídica es directamente pertinente.¹⁶ Sudáfrica ratificó la CDPD el 30 de noviembre de 2007¹⁷ y está introduciendo una reforma de capacidad jurídica a través del proyecto de Ley de Toma de Decisiones con Apoyos.¹⁸

En este capítulo se evalúan críticamente las reformas de capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica, y se muestra cómo, en gran medida, los esfuerzos de reforma han sido infructuosos, particularmente en Kenia y Zambia. La jurisprudencia en Kenia y Zambia indica una falta de

¹² Para más información, V. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD>.

¹³ V. Proyecto (enmienda) de Ley de Personas con Discapacidad, 2015. Proyecto (enmienda) de Ley de Salud Mental, Kenia, 2018.

¹⁴ Para más información, V. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD>.

¹⁵ Ley de Personas con Discapacidad, Zambia, 2012.

¹⁶ Ley de Salud Mental, Zambia, 2019.

¹⁷ Para más información, V. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD>. Sudáfrica es uno de los nueve países africanos que han firmado el Protocolo sobre Discapacidad en África. Disponible en <<https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-persons-disabilities-africa>>.

¹⁸ Proyecto de Ley de Toma de Decisiones con Apoyos, Sudáfrica.

comprensión del derecho a la capacidad jurídica por parte del poder judicial. Además, las reformas legislativas en Kenia y Zambia, excepción hecha de Sudáfrica, indican una reticencia por parte de la legislatura a reconocer la capacidad jurídica universal para todas las personas con discapacidad, independientemente del tipo y gravedad de la discapacidad. Por consiguiente, la legislación en Kenia y Zambia que pretende armonizar la legislación nacional con la CDPD de hecho reproducen disposiciones que legitiman la denegación de la capacidad jurídica.

El capítulo se divide en cuatro partes. La primera parte aborda el significado del derecho a la capacidad jurídica. En la segunda parte, se explica la función del apoyo. La tercera parte aborda la posición del derecho a la capacidad jurídica en la legislación en Kenia, Zambia y Sudáfrica. Por último, en la cuarta parte se evalúan críticamente las reformas de capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica.

III. El derecho a la capacidad jurídica explicado

El derecho a la capacidad jurídica es parte del derecho al igual reconocimiento ante la ley.¹⁹ La CDPD es el primer instrumento internacional de derechos humanos que detalla los diversos componentes del derecho al igual reconocimiento ante la ley.²⁰ El artículo 12 de la CDPD se titula "Igual reconocimiento ante la ley" y, por ende, es el derecho fundamental. Todos los demás derechos enumerados en el artículo 12, incluido el derecho a la capacidad jurídica, son necesarios para la realización de este derecho fundamental.²¹ El derecho a la capacidad jurídica fue el primero que se enunció en el artículo 15 de la CEDAW. Sin embargo, el significado de la capacidad jurídica por lo que se refiere a las personas con discapacidad fue el primero en explorarse en el contexto de la CDPD.

¹⁹ Cf. Arstein-Kerslake, A., "A Call to Action: The Realization of Equal Recognition under the Law for People with Disabilities in the EU", en *5 EUR. Y.B. Disability L.* 75, 2014, p. 84.

²⁰ *Ibid.*, p. 78.

²¹ *Ibid.*, p. 84.

La misma CDPD no define el término "capacidad jurídica" porque su significado se puso en duda durante la redacción de la CDPD.²² Se hizo una distinción entre capacidad jurídica para poseer derechos —capacidad legal— y capacidad jurídica para actuar —legitimación para actuar—. ²³ El tema en cuestión era si la capacidad jurídica se refiere tanto a la capacidad de poseer derechos como a la capacidad de actuar para ejercer dichos derechos.²⁴ Hubo un acuerdo sobre que las personas con discapacidad son de hecho personas ante la ley que están facultadas para poseer derechos.²⁵ Sin embargo, hubo también, opiniones divergentes en cuanto a si todas las personas con discapacidad podían actuar para ejercer dichos derechos.²⁶ El reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad para poseer derechos no garantiza que a uno se le permitirá ejercer dichos derechos, casi del mismo modo en que un bebé posee derechos pero no puede ejercerlos.²⁷ Si bien es posible que uno tenga capacidad para poseer derechos, puede considerarse que la misma persona carece de la capacidad para ejercer dichos derechos.²⁸ En la mayoría de los sistemas jurídicos, las personas obtienen capacidad para ejercer sus derechos al llegar a la mayoría de edad, lo que hace que la capacidad para ejercer derechos sea un fenómeno de umbral.²⁹ Por lo tanto, tenemos que pasar de no tener la capacidad para ejercer derechos cuando somos niñas o niños a tener la capacidad para ejercerlos cuando nos hacemos mayores.³⁰ Sin embargo, esto no es igual para las personas con discapacidad, particularmente aquellas con discapacidades intelectuales y psicosociales, que, como las y los niños, se consideran con suficiente capacidad para poseer derechos, pero insuficiente para ejercerlos.³¹ A diferencia

²² Cf. Dhanda, A., "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future", en *34 Syracuse J. INT'L L. & COM.*, 2007, pp. 429, 439.

²³ *Ibid.*, p. 442.

²⁴ *Ibid.*, p. 442.

²⁵ *Ibid.*, p. 439.

²⁶ *Id.*

²⁷ Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 288.

²⁸ *Id.*

²⁹ V. Sneddon, A., *Autonomy*, 2013, p. 12.

³⁰ *Id.*

³¹ Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 288.

del caso de niñas y niños —especialmente las y los infantes— que desarrollan la capacidad para ejercer sus derechos con la edad, las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales se consideran como carentes de capacidad para ejercer sus derechos por un periodo más largo y, en algunos casos, de por vida.³²

Dada la importancia del derecho a la capacidad jurídica, el Comité CDPD exploró más a fondo su significado en la Observación General Núm. 1.³³ El comité aclaró que la capacidad jurídica "incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho".³⁴ El comité definió la capacidad jurídica como "la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)".³⁵ La legitimación para actuar (*legal agency*) de las personas con discapacidad se ejemplifica en el artículo 12 (5) de la CDPD, que exige que los Estados partes garanticen el derecho de las personas con discapacidad 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.³⁶ El Protocolo sobre Discapacidad en África incluye la definición del término "capacidad jurídica" que es coherente con la del Comité CDPD. El término "capacidad jurídica" se define en el Protocolo sobre Discapacidad en África como "la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones".³⁷ Al igual que la CDPD, el Protocolo sobre Discapacidad en África establece que las personas con discapacidad tienen derecho a "gozar de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás".³⁸

³² *Ibid.*, p. 288.

³³ Comité CDPD, Observación General Núm. 1, sobre el artículo 12, "Igual reconocimiento ante la ley".

³⁴ *Ibid.*, párrs. 12 y 14.

³⁵ *Ibid.*, párr. 13.

³⁶ CDPD, Anexo I, art. 12 (5), U.N. Doc. A/RES/61/106,3 de diciembre de 2006.

³⁷ Protocolo sobre Discapacidad en África, art. 1.

³⁸ *Ibid.*, art. 7 (2) (a).

Aunque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya aclaró el significado del término "capacidad jurídica", todavía persisten algunas preguntas en relación con las personas con discapacidad que no pueden ejercer sus derechos sin asistencia de otros.

IV. Capacidad jurídica y el papel del apoyo

La CDPD reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a beneficiarse de la capacidad jurídica universal independientemente de la gravedad de su discapacidad.³⁹ Consciente del hecho de que las personas con discapacidades graves no pueden ejercer su capacidad jurídica sin ayuda, la CDPD exige que se brinden apoyos en el ejercicio del derecho a la capacidad jurídica.⁴⁰ Dispone que los "Estados partes adopten medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".⁴¹

Antes de la entrada en vigor de la CDPD en 2008, la distinción entre capacidad legal y legitimación para actuar era prominente. Los legisladores estaban dispuestos a reconocer la capacidad legal de las personas con discapacidades graves, pero no estaban preparados para reconocer su legitimación para actuar. Cuando se consideraba que una persona con discapacidad carecía de legitimación para actuar, se designaban personas conocidas como "sustitutos en la toma de decisiones" para ejercer los derechos en nombre de la persona con discapacidad.⁴² Las leyes de tutela son un ejemplo de una toma de decisiones por sustitutos.⁴³ La tutela es "una forma de toma de decisiones por sustitutos, que por lo general se impone tras un procedimiento judicial, que sustituye como persona que toma las decisiones a otra persona (el tutor) por la persona en cuestión

³⁹ CDPD, art. 12 (2).

⁴⁰ Comité CDPD, Observación General Núm. 1, párr. 15.

⁴¹ CDPD, art. 12 (3).

⁴² Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 288.

⁴³ *Ibid.*, p. 289.

(la persona bajo tutela judicial o supuestamente incapacitada)".⁴⁴ Las decisiones que toma la persona sustituta no necesariamente se corresponden con los deseos reales de la persona, pero se justifican sobre la base de que responden al interés superior de la misma.⁴⁵ Básicamente, el argumento es que "protegen" a la persona de sí misma.⁴⁶ En el pasado, estos regímenes se criticaron por ser demasiado abarcatantes en el sentido de que afectaban a las personas con discapacidades intelectuales que eran capaces de ejercer sus derechos.⁴⁷ Sin embargo, en años recientes, el argumento pasó de cuestionar el aliento de dichas leyes a cuestionar su existencia misma.⁴⁸ La CDPD exige la eliminación de los regímenes de tutela en favor de los sistemas de apoyo para permitir que todas las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica.⁴⁹ No debe negarse a las personas con discapacidad su capacidad jurídica para actuar con base en el hecho de que necesitan ayuda.⁵⁰ Un autor lo resume de manera muy sucinta cuando señala que:

El hecho de que una persona necesite mucho apoyo no es un motivo para suponer ausencia de capacidad. Independientemente de su cuantía, dicho apoyo tendrá que brindarse sin socavar los derechos y la capacidad de la persona con discapacidad, estar libre de conflictos de intereses e influencia indebida, a la vez que se respetan la voluntad y las preferencias de la persona.⁵¹

Por consiguiente, los estados no solo deben abstenerse de negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que también deben garantizar que tengan acceso al apoyo que necesitan para poder ejercer

⁴⁴ Dinerstein, R. D., "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", en *19 HUM. Rts. BRIEF* 8, 2012, p.9.

⁴⁵ Cf. Quinn, G. y Rekas-Rosalbo, A., *op. cit.*, p. 288.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 289.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ CDPD, art. 12 (3).

⁵⁰ Dhanda, A., *op. cit.*, p. 439, 440.

⁵¹ *Ibid.*, p. 445.

su capacidad jurídica.⁵² Todo el apoyo brindado "debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, y nunca debe considerarse como toma de decisiones por sustitutos".⁵³ La naturaleza del apoyo es amplia e incluye medidas formales e informales, como el apoyo entre pares o asistencia con comunicación.⁵⁴ Además, debido a la diversidad de las personas con discapacidad, el tipo y la intensidad de apoyos que se requieren puede variar y debe decidirse caso por caso.⁵⁵ El concepto de apoyos es, por lo tanto, un elemento central para el nuevo paradigma de toma de decisiones.

Hasta la fecha, ningún país africano ha hecho la transición de una toma de decisiones por sustitutos a una con apoyos. Todavía hay leyes en Kenia, Zambia y Sudáfrica que niegan a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica y no contemplan el apoyo para ejercer la capacidad jurídica de uno.

V. El derecho a la capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica

El derecho a la igualdad ante la ley, que es el equivalente al derecho al igual reconocimiento ante la ley, se reconoce a nivel nacional como un derecho fundamental en las constituciones de Kenia, Zambia y Sudáfrica. La Constitución de Kenia reconoce el derecho a la igualdad ante la ley al estipular que "cada persona es igual ante la ley y tiene el derecho a gozar de igual protección y a beneficiarse de la ley de igual manera".⁵⁶ La frase "cada persona" puede interpretarse para incluir a las personas con discapacidad dentro del ámbito de esta disposición constitucional, en particular porque la Constitución de Kenia prohíbe la discriminación directa e indirecta por diversos motivos, entre ellos la discapacidad.⁵⁷

⁵² Comité CDPD, Observación General Núm. 1, párr. 16.

⁵³ *Ibid.*, párr. 17.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 18.

⁵⁶ Constitución de Kenia, art. 27 (1), 2010.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 27 (4).

De igual modo, la Constitución de Sudáfrica también consagra el derecho a la igualdad ante la ley.⁵⁸ La Constitución sudafricana establece que "todos son iguales ante la ley y tienen el derecho a gozar de igual protección y a beneficiarse de la ley".⁵⁹ La discriminación está prohibida por diversos motivos, entre ellos la discapacidad.⁶⁰ Por lo tanto, la frase, "todos" incluye a las personas con discapacidad.

Aunque la Constitución de Zambia no tiene una disposición específica sobre la igualdad ante la ley, el derecho está implícito en la cláusula contra la discriminación, que establece que "ninguna ley podrá incluir disposiciones discriminatorias por sí mismas o por sus efectos".⁶¹

El derecho al igual reconocimiento ante la ley también está consagrado en varios otros instrumentos internacionales de derechos humanos que también han sido ratificados por Kenia, Zambia y Sudáfrica. El artículo 12(1) de la CDPD "reafirma" el derecho al igual reconocimiento ante la ley al indicar que no se trata de un derecho nuevo, sino de uno que ya existe en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁶² A nivel mundial, el derecho al igual reconocimiento ante la ley está protegido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ICCPR— que estipula que todo ser humano "tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".⁶³ Asimismo, el artículo 26 del ICCPR establece que todas las "personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley".⁶⁴ Los tres países examinados han ratificado el ICCPR. Kenia ratificó el ICCPR el 1 de mayo de

⁵⁸ Constitución de la República de Sudáfrica, secc. 9, 1996.

⁵⁹ *Ibid.*, secc. 9 (1).

⁶⁰ *Ibid.*, secc. 9 (3).

⁶¹ Constitución de Zambia, art. 23 (1), 1991.

⁶² Anna Arstein-Kerslake, *op. cit.*, p. 84, 2014. Declaración Universal de los Derechos Humanos, U.N. Doc. A/RES/217(III), art. 7, 10 de diciembre de 1948.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16, 999 U.N.T.S. 171, 6 I.L.M. 368, 16 de diciembre de 1966.

⁶⁴ *Id.*

1972,⁶⁵ Zambia el 10 de abril de 1984⁶⁶ y Sudáfrica el 10 de diciembre de 1998.⁶⁷ El derecho también está consagrado en la CEDAW, que reconoce la igualdad de las mujeres ante la ley y exige a los estados partes garantizar que las mujeres disfruten de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los hombres.⁶⁸ Los tres países examinados también han ratificado la CEDAW. Kenia ratificó la CEDAW el 9 de marzo de 1984,⁶⁹ Zambia el 21 de junio de 1985⁷⁰ y Sudáfrica el 15 de diciembre de 1995.⁷¹

A nivel regional, el derecho al igual reconocimiento ante la ley también está consagrado en varios instrumentos africanos de derechos humanos. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos —Carta de Banjul— consagra el derecho en el artículo 3 que establece que "todos los individuos serán iguales ante la ley" y "tendrán derecho a igual protección de la ley".⁷² El artículo 3 forma parte de las disposiciones de igual protección y contra la discriminación de la Carta de Banjul.⁷³ Al interpretar y aplicar esta disposición en el caso *Purohit y otro vs The Gambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —la Comisión Africana— señaló que el "artículo 3 es importante porque garantiza el trato justo y equitativo de las personas dentro de un sistema jurídico de determinado país".⁷⁴ Kenia ratificó la Carta de Banjul en 1992,⁷⁵ Zambia en 1984⁷⁶ y Sudáfrica en 1996.⁷⁷

⁶⁵ Para más información V. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD>.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ CEDAW, U.N. Doc. A/RES/34/180, art. 15, 18 de diciembre de 1979.

⁶⁹ Para más información V. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRPD>.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

⁷² Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, OAU Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5., art. 3, 27 de junio de 1981, (entró en vigor el 21 de octubre de 1986).

⁷³ African Commission on Human and People's Rights, *Purohit y otro vs. The Gambia*, AHRLR 96, 49, 2003.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Para más información. V. <<https://www.achpr.org/statepartiestotheafricancharter>>.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

El derecho al igual reconocimiento ante la ley está también consagrado en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de la mujer en África —Protocolo de Maputo—. ⁷⁸ El artículo 8 del Protocolo de Maputo establece el derecho de acceso a la justicia e igual protección ante la ley de las mujeres, y declara que las mujeres y los hombres son iguales ante la ley y tienen el derecho a igual protección e igual beneficio de la ley. ⁷⁹ Kenia ratificó el Protocolo de Maputo el 13 de octubre de 2010, Zambia el 2 de mayo de 2006 y Sudáfrica el 17 de diciembre de 2004.

Pese a que el derecho al igual reconocimiento ante la ley está protegido en varios instrumentos jurídicos tanto a nivel nacional como internacional, a menudo se niega un aspecto crucial de este derecho, a saber, el derecho a la capacidad jurídica. A pesar de tener disposiciones constitucionales que protegen el derecho a la igualdad ante la ley, los países examinados también tienen disposiciones que niegan a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica. La Constitución de Kenia establece que una persona "que no está en uso de sus facultades mentales" no puede ser electa como presidente, gobernador, senador, miembro del parlamento o miembro de la asamblea distrital. ⁸⁰ El concepto de no estar en uso de sus facultades mentales es problemático por varias razones. En primer lugar, la constitución no define el término "no estar en uso de sus facultades mentales". ⁸¹ En segundo lugar, no hay parámetros establecidos para determinar quién "no está en uso de sus facultades mentales" y si uno puede apelar por semejante conclusión. ⁸² Esta ambigüedad deja

⁷⁸ Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos de las Mujeres en África (Protocolo de Maputo), adoptado el 11 de julio de 2003 (entró en vigor el 25 de noviembre de 2005).

⁷⁹ "Equality Now 'A Guide to Using the Protocol on the Rights of Women in Africa for Legal Action'", p. 13. Disponible en <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/equalitynow/pages/303/attachments/original/1527598602/Manual_on_Protocol_on_Women_Rights_in_Africa_EN.pdf?1527598602>.

⁸⁰ Constitución de Kenia, 2010, arts. 99 (2) (e), 137, 180 y 193.

⁸¹ Phoebe Oyugi, "The Implementation of Article 12 of the Convention on the Rights of People with Disabilities in Kenya", en 3 *Journal of Law and Ethics* 21, 2018, p. 30.

⁸² *Ibid.*, pp. 30, 31.

el concepto de "no estar en uso de sus facultades mentales" expuesto a abusos.⁸³

En sus observaciones finales sobre el informe inicial presentado por Kenia, el Comité CDPD también expresó su preocupación por la existencia de diversas leyes que privan a las personas con discapacidad, particularmente las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, de su derecho a la capacidad jurídica.⁸⁴ Algunos ejemplos de estas leyes son la Ley del Niño de 2001 (*Children's Act 2001*), la Ley de Salud Mental de 1991 (*Mental Health Act 1991*) y la Ley sobre el Matrimonio de 2014 (*Marriage Law, 2014*). El comité también expresó su preocupación sobre la existencia y prevalencia de la tutela *de facto* que ejercen las familias sobre las personas con discapacidad, que priva a estas de su capacidad de elección en aspectos tales como la compra de alimentos, el alquiler de vivienda o la herencia, por ejemplo.⁸⁵

Además, Zambia tiene disposiciones legales que niegan a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica. Por ejemplo, las personas con una "discapacidad mental o física que volvería a la persona incapaz de llevar a cabo la función legislativa" no pueden ser electas como miembros del parlamento.⁸⁶ De igual modo, una persona que tiene "una discapacidad mental o física que volvería a la persona incapaz de llevar a cabo funciones ejecutivas" no pueden ser designadas como candidatas a la presidencia.⁸⁷ La o el presidente de la Asamblea Nacional puede ser destituido si tiene "una discapacidad mental o física que vuelva al Presidente o Vicepresidente incapaz de llevar a cabo las funciones que se requieren para su cargo".⁸⁸ Una ministra o ministro también puede destituirse si tiene "una discapacidad mental o física que vuelva al ministro

⁸³ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁴ Comité CDPD, Observaciones finales sobre el informe inicial de Kenia, CRPD/C/KEN/CO/1, párr. 23.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Constitución de Zambia 1991, art. 70 (2) (d).

⁸⁷ *Ibid.*, art. 100 (2) (f).

⁸⁸ *Ibid.*, art. 83 (1) (b).

incapaz de llevar a cabo las funciones que se requieren para su cargo".⁸⁹ De igual modo, las y los ministros provinciales pueden ser destituidos por motivos semejantes.⁹⁰ La Constitución permite la privación de la libertad personal cuando una persona no está, o "existen indicios razonables de que no está en uso de sus facultades mentales".⁹¹ La Constitución también permite la posesión o adquisición de cualquier propiedad y o interés que pertenezca a una persona que "no está en uso de sus facultades mentales".⁹² Hay otras leyes también que niegan a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica. Por ejemplo, según el Código Penal se considera un delito mantener relaciones sexuales con una mujer o niña con discapacidades intelectuales o psicosociales.⁹³ El Código Penal usa los términos peyorativos "idiota" e "imbécil" para referirse a las mujeres con discapacidades intelectuales y psicosociales al indicar que:

Cualquier persona que, sabiendo que una mujer o niña es una idiota o imbecil, tenga o intente tener relaciones carnales ilícitas con ella en circunstancias que no constituyan una violación, pero que demuestren que el agresor sabía en el momento de cometer la agresión que la mujer o niña era una idiota o imbecil, será culpable de delito grave y será castigado con una pena de prisión de catorce años.⁹⁴

Las mujeres y niñas con discapacidades intelectuales y psicosociales, por lo tanto, no pueden ejercer el derecho a tener relaciones sexuales. Del 18 al 28 de abril de 2016, la entonces Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, visitó Zambia por invitación del gobierno. En su informe, expresó algunas preocupaciones acerca de los derechos de las personas con discapacidad en

⁸⁹ *Ibid.*, art. 116 (3) (f).

⁹⁰ *Ibid.*, art. 117 (2) (e).

⁹¹ *Ibid.*, art. 13 (1) (h).

⁹² *Ibid.*, art. 16 (2) (i).

⁹³ Código Penal, secc. 39, cap. 87, Zambia.

⁹⁴ *Id.*

Zambia, incluido el derecho a la capacidad jurídica.⁹⁵ Expresó preocupaciones sobre las disposiciones en la constitución que privan de la capacidad jurídica, como el artículo 16 (2) (i) que permite la privación de bienes.⁹⁶ También expresó sus preocupaciones sobre las disposiciones de la Ley de Trastornos Mentales (*Mental Disorders Act*) que establecen la privación de la libertad de las personas que son "peligrosas para sí mismas o los demás" o "desorientadas en general e incapaces de cuidar de sí mismas".⁹⁷

En Sudáfrica, la capacidad jurídica se deniega a través de esquemas de toma de decisiones por sustitutos del esquema de comisariado del derecho consuetudinario y en el marco del proceso legislativo de designar administradores conforme a la Ley de Atención de la Salud Mental (*Mental Health Care Act*) de 2002.⁹⁸ En virtud de dicha ley, el Juez Presidente de la Suprema Corte puede designar un administrador para "cuidar y administrar" los bienes de una persona con enfermedad mental o una persona con una "discapacidad intelectual grave o profunda".⁹⁹

Como se indicó anteriormente, el principal obstáculo al derecho al igual reconocimiento ante la ley son las leyes que niegan a las personas con discapacidad, particularmente las que tienen discapacidades cognitivas, el derecho a la capacidad jurídica.¹⁰⁰ Esto hace que el derecho a la capacidad jurídica sea el aspecto más polémico del derecho al igual reconocimiento ante la ley. La CDPD es, por lo tanto, un instrumento importante que no solo reafirma el derecho al igual reconocimiento ante la ley para las personas con discapacidad, sino que también aborda un aspecto polémico

⁹⁵ Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en su visita a Zambia, 2016; A/HRC/34/58/Add.2.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 64.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 65.

⁹⁸ Holness, W. y Rule S., "Legal capacity of parties with intellectual, psycho-social and communication disabilities in traditional courts in KwaZulu-Natal 6 African Disability Rights Yearbook 27", en 42, *Mental Health Care Act 17 of 2002 section 59*, Sudáfrica, 2018.

⁹⁹ *Mental Health Care Act 17 of 2002* secc. 59 (1).

¹⁰⁰ Anna Arstein-Kerslake, *op. cit.*, p. 75.

de este derecho, es decir, el derecho a la capacidad jurídica.¹⁰¹ Por lo tanto, es necesaria una reforma de la capacidad jurídica en África, con carácter de urgencia.

VI. Revisión de las reformas en Kenia, Zambia y Sudáfrica

Se ha intentado reformar la legislación sobre capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica. Estos esfuerzos han tenido lugar mediante los tribunales y la legislatura. En esta sección se evalúan estas reformas usando el artículo 12 de la CDPD como criterio.

1. Cómo los casos resueltos muestran una comprensión insuficiente de la capacidad jurídica

Los tribunales en Kenia y Zambia han resuelto casos que son pertinentes para el derecho a la capacidad jurídica después de que sus respectivos países ratificaran la CDPD. Esta sección muestra cómo los casos resueltos por los tribunales en estos países exhiben una falta de comprensión sobre la capacidad jurídica. Los casos en cada país se resumen a su vez de la siguiente manera.

A. Kenia

Cualquier instrumento jurídico internacional ratificado por el gobierno de Kenia forma parte de la legislación de Kenia.¹⁰² La Constitución de Kenia establece que "cualquier tratado o convención ratificado por Kenia formará parte de la legislación de Kenia conforme a esta Constitución".¹⁰³ Así, tras su ratificación por parte del gobierno keniano, la CDPD se volvió parte de la legislación de Kenia. La Suprema Corte de Kenia mencionó expresamente el artículo 12 de la CDPD en *Wilson Morara Siringi vs.*

¹⁰¹ CDPD, art. 12 (2), Anexo I, art. 12 (2), U.N. Doc. A/RES/61/106, 13 de diciembre de 2006.

¹⁰² Constitución de Kenia, 2010, art. 2 (6).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 2 (6).

Republic —en adelante, *Siringi*—. ¹⁰⁴ El recurrente, Wilson Morara Siringi, fue juzgado y condenado por violación, y fue sentenciado a quince años de prisión. ¹⁰⁵ La querellante era una mujer de 34 años con una discapacidad mental no especificada. El recurrente apeló contra su condena y sentencia alegando que no había violado a la querellante y que él tenía una coartada. En apelación, el tribunal determinó que la fiscalía había probado que el recurrente tuvo relaciones sexuales con la querellante. ¹⁰⁶ La cuestión era saber si la querellante había dado su consentimiento para tener relaciones sexuales. Según la ley en Kenia, "una persona da su consentimiento si está de acuerdo por elección y tiene la libertad y *capacidad* para hacer esa elección". ¹⁰⁷ La ley enumera las diversas circunstancias que hacen que un acto sea intencional e ilícito. Por ejemplo, un acto es intencional e ilícito cuando se comete "con respecto a una persona que es incapaz de apreciar la naturaleza de un acto que causa la agresión". ¹⁰⁸ Se aclara además que las "circunstancias en las que una persona es incapaz según la ley de apreciar la naturaleza de un acto mencionado en la subsección (1) incluyen circunstancias en las que dicha persona está, en el momento en que se cometió dicho acto, *mentalmente incapacitada*". ¹⁰⁹ Según la ley en Kenia, por lo tanto, las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales no pueden dar su consentimiento legítimo para mantener relaciones sexuales. El enfoque adoptado es un enfoque funcional en cuanto a la denegación de capacidad jurídica a través del cual se considera que una persona carece de capacidad jurídica si esta, a consecuencia de la discapacidad, no puede llevar a cabo una función específica, por ejemplo, no puede comprender la naturaleza de un contrato. ¹¹⁰ En este caso, se considera que las y los querellantes con discapacidades

¹⁰⁴ *Wilson Morara Siringi vs. Republic*, Apelación penal Núm. 17 de 2014 (en adelante, el caso *Siringi*).

¹⁰⁵ El delito de violación se encuentra en la Ley sobre Delitos Sexuales (*Sexual Offences Act*) de 2006, sección 3 (1) (b) y (3), Kenia.

¹⁰⁶ Caso *Siringi*, párr. 9.

¹⁰⁷ *Sexual Offences Act*, secc. 42.

¹⁰⁸ *Ibid.*, secc. 43 (1) (c).

¹⁰⁹ *Ibid.*, secc. 43 (4) (e).

¹¹⁰ Cf. Dhanda, A., *op. cit.*, p. 431.

mentales carecen de capacidad debido a una incapacidad percibida para comprender la naturaleza del acto sexual. La fiscalía en *Siringi* se atuvo al hecho de que la querellante tenía una discapacidad mental para demostrar la falta de consentimiento. El tribunal *Siringi* aclaró que el "problema no es si la querellante estaba mentalmente incapacitada de manera general, sino si [...] la querellante ejerció su libertad y capacidad para tomar la decisión de tener relaciones sexuales y si, en el momento en que tuvo lugar el acto, la querellante era incapaz de dar su consentimiento por motivo de su discapacidad mental".¹¹¹ Antes del inicio del juicio original, el magistrado llevó a cabo un examen preliminar de los miembros del jurado (*voir dire*) para determinar si la querellante podía prestar declaración en la corte.¹¹² Concluyó que ella "era capaz de dar un testimonio coherente y responder las preguntas que se le hacían en el contrainterrogatorio" y le permitió testificar con base en esa conclusión.¹¹³ En apelación, el tribunal tomó la conclusión del magistrado del proceso *voir dire* junto con la falta de evidencia médica para demostrar que "en ningún momento ella era incapaz de apreciar la naturaleza del acto o dar su consentimiento" para implicar que había ocasiones en las que ella podía tomar decisiones independientes pese a su discapacidad intelectual.¹¹⁴ Por lo tanto, la corte de apelaciones concluyó que la fiscalía no había logrado demostrar la falta de consentimiento más allá de toda duda razonable y anuló la condena del recurrente.¹¹⁵

El tribunal solo hizo referencia al artículo 12 de la CDPD en su conclusión y le dedicó solo un párrafo de diecisiete en el juicio para discutir el artículo 12. El tratamiento que hizo el tribunal del artículo 12 fue, por ende, mínimo y superficial. El tribunal señaló que "el enfoque adoptado por la fiscalía y el magistrado es que la querellante es un objeto de protección social más que un sujeto capaz de tener derechos, incluido el derecho

¹¹¹ Caso *Siringi*, párr. 12.

¹¹² *Ibid.*, párr. 13.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 13.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 14.

a tomar la decisión de tener relaciones sexuales".¹¹⁶ Se afirma que el enfoque adoptado por la fiscalía no es lo que contradice el artículo 12, más bien la disposición legal en la propia Ley sobre Delitos Sexuales es lo que sanciona un enfoque funcional de la capacidad para consentir relaciones sexuales. Pese a estas deficiencias, la decisión en el caso *Siringi* sigue siendo un avance importante en la dirección correcta en la medida en que condena un enfoque que considera que, por el mero hecho de que una querellante tenga una discapacidad mental, esta no puede consentir una relación sexual —enfoque de condición—. El enfoque que recomendó la corte de apelaciones, uno que exige que la corte demuestre si, en las circunstancias particulares, la persona comprendió la naturaleza del acto, es equivalente a un enfoque funcional, que también puede resultar en una denegación de la capacidad jurídica. La CDPD exhorta a reconocer la capacidad jurídica universal.

Antes de *Siringi*, Kenia había concedido que el artículo 12 de la CDPD fue "una de las disposiciones más malinterpretadas de la CDPD".¹¹⁷ Esto explica por qué, antes de *Siringi*, los tribunales en Kenia evitaron aplicar la CDPD. Dos casos se sometieron ante los tribunales en Kenia en los que los demandantes alegaron violaciones de la CDPD.¹¹⁸ En ambos casos, el tribunal no abordó la CDPD, sino que se centró en la legislación nacional.¹¹⁹ *Siringi* se resolvió después de que la sociedad civil sensibilizara a las personas funcionarias de gobierno respecto del artículo 12.¹²⁰ Por ejemplo, en abril de 2014, la sociedad civil organizó un evento en Nairobi para presentar un informe sobre capacidad jurídica en el que

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 15.

¹¹⁷ Comité CDPD, Respuestas a la lista de cuestiones: Kenia, 10 de julio de 2015, CRPD/C/KEN/Q/1/Add.1, párr. 39. Disponible en <https://www.globaldisabilityrightsnow.org/sites/default/files/related-files/260/Response_to_LOIs_from_Kenya.pdf>.

¹¹⁸ *Cradle—Children Foundation (suing through the Trustee Geoffrey Maganya) vs. Nation Media Group Limited* exparte *Cradle – Children Foundation (suing through Geoffrey Maganya)* [2012] eKLR and *Satrose Ayuma & 11 others v. Registered Trustees of the Kenya Railways Staff Retirement Benefits Scheme & 2 others*, 2011, eKLR.

¹¹⁹ *Cf.* Phoebe, *op. cit.* p.28.

¹²⁰ *Manyara Reginald Mworira, Criminal Appeal Núm. 17 of 2004 on the Capacity of Persons with Mental or Psychosocial Disabilities to Consent to Sex*, 2016 E. AFR. L.J. 96, 99, (2016-2017).

varias funcionarias y funcionarios de gobierno se sensibilizaron.¹²¹ La Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia hizo recomendaciones sobre la implementación del artículo 12 en un documento informativo. Aunque la sensibilización resultó útil, el tribunal no logró proporcionar un análisis detallado del derecho a la capacidad jurídica en *Siringi*, e indicó que aún hay una brecha de conocimiento en relación con el derecho a la capacidad jurídica.

B. Zambia

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Salud Mental (*Mental Health Act* 2019), la Suprema Corte de Zambia dictó una sentencia en el caso *Gordon Maddox Mwewa & Others vs. Attorney-General & Another* —en adelante, caso *Mwewa*— en octubre de 2017.¹²² El caso *Mwewa* cuestionó la constitucionalidad de la Ley de Trastornos Mentales (*Mental Disorders Act*). Los demandantes en el caso *Mwewa* entablaron un proceso en la Suprema Corte de Zambia conforme al artículo 28 de la constitución en el que cuestionaban la constitucionalidad de la Ley de Trastornos mentales. Los demandantes también solicitaban un dictamen para proteger a las personas con discapacidades mentales de la detención ilegal y garantizar sus derechos, incluido el derecho a dar consentimiento informado a tratamientos médicos e ingresos en instituciones médicas. Por lo tanto, los demandantes, argumentaron que la Ley de Trastornos Mentales violaba sus derechos constitucionales a la dignidad a través de su uso de términos peyorativos,¹²³ a la protección contra la tortura y el trato inhumano o degradante,¹²⁴ así como a la no discriminación.¹²⁵ Los demandantes no tuvieron éxito y la Corte se negó a declarar inconstitucional la Ley de Trastornos Mentales.

¹²¹ Informe disponible en <http://mdac.org/sites/mdac.org/files/mdac-kenya_legal-capacity_9apr2014_0.pdf>.

¹²² Suprema Corte de Zambia, *Gordon Maddox Mwewa & Others vs. Attorney-General & Another* (caso *Mwewa*) 2017/HP/204 (sin denunciar).

¹²³ Constitución de Zambia, art. 8.

¹²⁴ *Ibid.*, art. 15.

¹²⁵ *Ibid.*, arts. 23 y 255.

Uno de los argumentos presentados por los demandantes en el caso *Mwewa* es que someterlos a un tratamiento forzoso sin su consentimiento informado violaba su derecho a la capacidad jurídica en cuestiones de salud y, por consiguiente, violaba su derecho a la salud. La corte se pronunció de la siguiente manera:

Consideramos que la cuestión planteada en esta queja es novedosa. Busca otorgar a las personas que padecen discapacidades el derecho al consentimiento informado a tratamiento médicos. Tomamos conocimiento de que hay diferentes tipos de discapacidades mentales y algunas pueden ser más graves que otras. No en todos los casos una persona afectada puede ser capaz de apreciar la gravedad de su enfermedad como para dar consentimiento voluntariamente a un tratamiento médico. Sin embargo, en los casos en los que los pacientes tienen condiciones menores, debe permitirse a dichas personas consentir un tratamiento médico. Dicho esto, no sostenemos que la Ley de Trastornos Mentales sea inconstitucional porque derogue el derecho al consentimiento informado a un tratamiento médico. Solo podemos sostener lo contrario si se presentara evidencia médica que nos ayudara a pronunciarnos de manera informada. En nuestra opinión, esta cuestión es más compleja de lo que parece y no podemos pronunciarnos sobre la base de la demanda como única evidencia. En consecuencia, esta alegación no procede.¹²⁶

La Suprema Corte estuvo de acuerdo con los demandantes en que la sección 5 de la Ley de Trastornos Mentales que usa lenguaje despectivo es inconstitucional. Sin embargo, la corte no declaró inconstitucional toda la ley.

Además, los demandantes alegaron que la Ley de Trastornos Mentales violaba su derecho a la libertad al permitir el internamiento forzoso. El derecho a la libertad en la constitución no es absoluto, por lo que los

¹²⁶ Caso *Mwewa*, p. 40.

demandantes argumentaron que su caso no encajaba en las circunstancias en las que el derecho puede privarse de manera legítima. La Suprema Corte determinó que la Ley de Trastornos Mentales no va en contra del derecho a la libertad garantizado por el artículo 13 de la Constitución. La Corte se pronunció de la siguiente manera:

Con esto queremos decir que tiene que haber un equilibrio entre las consideraciones opuestas sobre la detención y el ingreso a instituciones de salud mental que parezcan involuntarias por un lado y los derechos de las personas afectadas (*sic*). En nuestra opinión, puede haber ocasiones en las que es necesario para la familia, comunidad o fuerzas del orden ingresar a un enfermo mental sin su consentimiento, particularmente cuando este padece una discapacidad grave o cuando es obvio que una persona afectada no es capaz de tomar una decisión apropiada en cuanto a su cuidado y tratamiento. La decisión de determinar la detención o el ingreso de enfermos mentales en prisiones o instituciones médicas es una cuestión médica, y no la puede determinar esta Corte.¹²⁷

No es de extrañar que este caso no haya procedido porque se basaba en una Constitución que permite la denegación de la capacidad jurídica.

En años recientes, la reforma de la capacidad jurídica se ha hecho a través de reformas legislativas con diversos niveles de éxito. En la siguiente sección se incluye una revisión crítica de las reformas legislativas de capacidad jurídica en Kenia, Zambia y Sudáfrica.

2. Vino viejo en odres nuevas: Cómo las reformas legislativas han reproducido el punto de vista obsoleto de la capacidad jurídica.

En esta sección se demuestra cómo las reformas legislativas en los países examinados han reproducido en gran parte disposiciones cuyo resultado

¹²⁷ *Id.*

es la denegación de la capacidad jurídica. Se abordarán las reformas legislativas de cada país.

A. Kenia

El gobierno ha hecho algunos esfuerzos para reformar la legislación nacional a fin de armonizarla con la CDPD. Actualmente, hay dos proyectos de ley ante el Parlamento de Kenia que son pertinentes al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el proyecto —enmienda— de Ley sobre Personas con Discapacidad de 2015 y el proyecto —enmienda— de Ley sobre Salud Mental de 2018. Un análisis del tratamiento del derecho a la capacidad jurídica en cada uno de estos proyectos de ley muestra una falta de coherencia en términos del enfoque adoptado por el gobierno keniano con respecto al derecho a la capacidad jurídica. A continuación, se analizan los proyectos de ley de uno en uno.

El Proyecto —enmienda— de Ley de Personas con Discapacidad de 2015 busca derogar y sustituir la Ley de Personas con Discapacidad de 2003 (*Persons with Disabilities Act*), anterior a la CDPD, que no prevé el derecho a la capacidad jurídica.¹²⁸ Las disposiciones sobre capacidad jurídica del proyecto están muy en consonancia con el artículo 12 de la CDPD y el artículo 7 del Protocolo sobre Discapacidad en África. El proyecto de ley establece el derecho a la capacidad jurídica al indicar que toda persona con una discapacidad tiene derecho al "reconocimiento de la capacidad jurídica ante la ley",¹²⁹ así como a protección y beneficio de la ley en igualdad de condiciones con los demás".¹³⁰ El proyecto de ley define la capacidad jurídica de la misma forma que lo hacen la CDPD y el Protocolo sobre Discapacidad en África. Señala que la capacidad jurídica significa "la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones conforme

¹²⁸ Proyecto (enmienda) de Ley de Personas con Discapacidad, Kenia, 2015.

¹²⁹ *Ibid.*, secc. 13 (1) (i).

¹³⁰ *Ibid.*, secc. 13 (1) (ii).

a la ley y de ejercer esos derechos y obligaciones".¹³¹ Además, el requisito de brindar apoyo es también parte del derecho a la capacidad jurídica. El proyecto de ley establece que "toda persona con una discapacidad tiene derecho a los servicios de apoyo que necesite para ejercer el derecho a la capacidad jurídica".¹³² Al igual que la CDPD y el Protocolo sobre Discapacidad en África, el proyecto de ley también establece de forma expresa que toda persona con discapacidad "tiene el mismo derecho a ser propietaria o heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero".¹³³ El proyecto de ley también establece otros derechos que normalmente se niegan cuando a una persona se le ha quitado su capacidad jurídica, como el derecho a contraer matrimonio y formar una familia,¹³⁴ el derecho a tener documentos de registro o identificación,¹³⁵ el derecho a la salud, que incluye: el derecho al disfrute de los derechos a la salud sexual y reproductiva,¹³⁶ el derecho a "información que le permita tomar decisiones responsables e informadas sobre su salud sexual y reproductiva".¹³⁷ El proyecto de ley también establece que "ninguna persona someterá a una persona con discapacidad a ningún procedimiento médico que le produzca o pudiera producirle infertilidad sin el consentimiento expreso de esa persona".¹³⁸ También establece los derechos civiles y políticos,¹³⁹ así como los derechos de las personas con discapacidad para acceder a crédito.¹⁴⁰

Los esfuerzos de reforma del gobierno keniano que se exhibieron en el proyecto de Ley —enmienda— sobre Personas con Discapacidad son

¹³¹ *Ibid.*, secc. 2 (2).

¹³² *Ibid.*, secc. 13 (2).

¹³³ *Ibid.*, secc. 13 (3).

¹³⁴ *Ibid.*, secc. 14.

¹³⁵ *Ibid.*, secc. 20.

¹³⁶ *Ibid.*, secc. 30 (2) (a).

¹³⁷ *Ibid.*, secc. 30 (2) (b).

¹³⁸ *Ibid.*, secc. 30 (5).

¹³⁹ *Ibid.*, secc. 31 (F).

¹⁴⁰ *Ibid.*, secc. 37.

encomiables ya que son coherentes con el derecho a la capacidad jurídica tal como se formula en la CDPD e incluyen disposiciones adicionales que son pertinentes al contexto africano, como el derecho a tener documentos de registro o identificación.¹⁴¹ Curiosamente, la posición no es la misma en el más reciente proyecto —enmienda— de Ley sobre Salud Mental de 2018.

El proyecto —enmienda— de Ley sobre Salud Mental de 2018 exhibe una renuencia a reconocer plenamente la capacidad jurídica universal para las personas con discapacidades mentales. El resultado es un documento que abarca algunos, pero no todos, de los aspectos del enfoque de toma de decisiones con apoyos, mientras que al mismo tiempo mantiene el marco de la toma de decisiones por parte de personas sustitutas.

En términos del derecho a la capacidad jurídica, el proyecto de ley establece que toda persona con una "enfermedad mental tiene derecho al reconocimiento ante la ley y disfrutará de derechos legales en igualdad de condiciones con otras personas en todos los aspectos de la vida".¹⁴² Sin embargo, el proyecto de ley no reconocía la capacidad jurídica universal y establece que "previa solicitud, el tribunal puede determinar si una persona con enfermedad mental tiene capacidad jurídica"¹⁴³ y cuando "el tribunal determina que una persona carece de capacidad jurídica, el tribunal designará a un representante para que administre los asuntos de esa persona".¹⁴⁴ El término "representante" se define en el proyecto de ley como "cónyuge, padre o madre, tutor, familiar o representante designado por el tribunal para la persona que padece una enfermedad mental, que tiene capacidad jurídica para tomar decisiones en nombre de la persona con enfermedad mental".¹⁴⁵ Esto es sospechosamente similar al marco de tutela. El proyecto de ley también estipula el "derecho a la

¹⁴¹ *Ibid.*, secc. 20.

¹⁴² Proyecto de ley (enmienda) sobre Salud Mental, secc. 3K (1), 2018.

¹⁴³ *Ibid.*, secc.3K (2).

¹⁴⁴ *Ibid.*, secc. 3K (3).

¹⁴⁵ *Ibid.*, sección 3 (d).

representación".¹⁴⁶ El proyecto de ley establece que, una persona con "enfermedad mental tiene derecho a elegir y designar a otra persona para que la represente de cualquier manera, incluso en cualquier procedimiento de querrela o apelación".¹⁴⁷ El proyecto de ley establece que, cuando una persona con "enfermedad mental no puede ejercer el derecho conforme a la subsección (1), el representante de dicha persona puede designar a una persona para que represente a la persona con enfermedad mental de cualquier manera, incluso en cualquier procedimiento de querrela o apelación".¹⁴⁸

El derecho a dar consentimiento a un tratamiento no es absoluto, pero solo se aplica cuando "una persona con enfermedad mental es capaz de tomar una decisión informada de la necesidad de tratamiento".¹⁴⁹ En circunstancias en las que la persona es capaz de tomar una decisión informada, los profesionales de salud deben "obtener el consentimiento por escrito de dicha persona antes de aplicar cualquier tratamiento".¹⁵⁰ Cuando la persona se considera incapaz de tomar una decisión informada sobre la necesidad de un tratamiento, "dicho consentimiento se solicitará y obtendrá a través del representante de dicha persona".¹⁵¹ Además, dicho consentimiento será válido si "la persona con enfermedad mental o el representante de la persona tiene competencia para dar consentimiento".¹⁵² De igual modo, el derecho a participar en la planeación de un tratamiento no es absoluto.¹⁵³ En circunstancias en las que "una persona con enfermedad mental es incapaz de ejercer el derecho conforme a la subsección (1) debido a la naturaleza de la enfermedad, el representante tendrá derecho a participar en la formulación de los planes de tratamiento".¹⁵⁴

¹⁴⁶ *Ibid.*, secc. 3J.

¹⁴⁷ *Ibid.*, secc. 3J (1).

¹⁴⁸ *Ibid.*, secc. 3J (2).

¹⁴⁹ *Ibid.*, secc. 3B (1) (a).

¹⁵⁰ *Ibid.*, secc. 3B (1) (b).

¹⁵¹ *Ibid.*, secc. 3B (2).

¹⁵² *Ibid.*, secc. 9D (2) (a).

¹⁵³ *Ibid.*, secc. 3C (1).

¹⁵⁴ *Ibid.*, secc. 3C (2).

El enfoque incoherente de la capacidad jurídica en los dos proyectos de ley indica que hay una creencia errónea y generalizada de que las personas con discapacidad mental simplemente no son capaces de gozar del derecho a la capacidad jurídica. El proyecto de enmienda de la Ley sobre Personas con Discapacidad, que se aplica generalmente a todas las personas con discapacidad, prevé el derecho a la capacidad jurídica. Sin embargo, el proyecto de ley que se refiere específicamente a las personas con discapacidades intelectuales exhibe una renuencia a aceptar la capacidad jurídica universal. Por lo tanto, el proyecto —enmienda— de Ley sobre Salud Mental no logra una reforma de la ley de capacidad jurídica y reproduce el antiguo marco de toma de decisiones por sustitutos en una nueva ley.

B. Zambia

Las reformas legislativas que tuvieron lugar en Zambia también muestran una renuencia a aceptar el concepto de capacidad jurídica universal y parten del régimen de toma de decisiones por personas sustitutas. Como Zambia es un estado dualista, la legislación internacional tiene que incorporarse en la legislación nacional a través de una ley parlamentaria.¹⁵⁵ La CDPD se incorporó en la legislación nacional en Zambia a través de la Ley de Personas con Discapacidades de 2012 (*Persons with Disabilities Act*). Otra reforma sobre capacidad jurídica tuvo lugar con la promulgación de la Ley sobre Salud Mental (*Mental Health Act*) de 2019.

¹⁵⁵ Viljoen Frans International Human Rights Law in Africa 1, 18, Oxford, 2007. Sección 2 de La Ley 34 de Ratificación de Acuerdos Internacionales de Zambia de 2016. La Ley confirma la posición que establece la jurisprudencia antes de su promulgación; V. Supreme Court Appeal 82 of 2001, *Zambia Sugar PLC vs. Fellow Nanzaluka*, donde se sostuvo que los instrumentos internacionales sobre cualquier ley, aunque ratificados y acordados por el estado, no se pueden aplicar a menos que hayan sido incorporados. No obstante, los tribunales en Zambia se han referido a los instrumentos jurídicos internacionales no incorporados al derecho interno como una autoridad persuasiva (*Attorney-General vs. Roy Clarke*, 1 ZR 38, Zambia, 2008. En el caso *Sarah Longwe* la Suprema Corte indicó que el hecho de que un estado ratifique instrumentos jurídicos internacionales sin reservas demuestra su disposición a quedar obligado por las disposiciones de los instrumentos ratificados. V. *Sarah Longwe vs. Intercontinental Hotel 1992/HP/765* (HC).

El 21 de julio 2012, Zambia adoptó la Ley sobre Personas con Discapacidad —en adelante, PWDA—, que incorpora al derecho interno la CDPD.¹⁵⁶ La ley prevé una serie de derechos incluidos los derechos a la educación,¹⁵⁷ la salud y las instalaciones,¹⁵⁸ la habilitación y rehabilitación,¹⁵⁹ el empleo y la protección social,¹⁶⁰ la accesibilidad y la movilidad,¹⁶¹ así como la vida política y pública.¹⁶² No obstante, el igual reconocimiento ante la ley no se expresa como un derecho. En su lugar, "el reconocimiento como personas ante la ley" se menciona como uno de los principios generales en el PWDA.¹⁶³ Sin embargo, la ley sí prevé el derecho a la capacidad jurídica.¹⁶⁴ Establece que las personas con discapacidad "disfrutarán de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida".¹⁶⁵ No obstante, los derechos necesarios para el disfrute de la capacidad jurídica no están previstos. El PWDA no dice nada sobre el suministro de apoyo para poder ejercer la capacidad jurídica de uno.¹⁶⁶ Sin apoyo, puede ser difícil, si no imposible, que las personas que requieren apoyo intensivo ejerzan su derecho a la capacidad jurídica. Esta omisión es, por ende, perjudicial para las personas con discapacidades graves cuyo derecho a la capacidad jurídica a menudo se ve cuestionado. Además, no menciona explícitamente el derecho de las personas con discapacidad a poseer y heredar bienes, y administrar sus propios asuntos económicos como lo hace la CDPD.¹⁶⁷

De igual modo, la Ley de Salud Mental de 2019 no logra proteger adecuadamente el derecho a la capacidad jurídica.¹⁶⁸ La Ley de Salud

¹⁵⁶ Ley de Personas con Discapacidad Núm. 6 de 2012, Zambia (en adelante, PWDA).

¹⁵⁷ *Ibid.*, secc. 22-26.

¹⁵⁸ *Ibid.*, secc. 27-31.

¹⁵⁹ *Ibid.*, secc. 32-34.

¹⁶⁰ *Ibid.*, secc. 35-39.

¹⁶¹ *Ibid.*, secc. 40-50.

¹⁶² *Ibid.*, secc. 51.

¹⁶³ *Ibid.*, secc. 4 (c).

¹⁶⁴ *Ibid.*, secc. 8 (1).

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ CDPD, art. 12 (3) y Protocolo sobre Discapacidad en África 7 (2) (c).

¹⁶⁷ CDPD, art. 12 (5) y Protocolo sobre Discapacidad en África, art. 7 (2) (g) y (h).

¹⁶⁸ Ley de Salud Mental, Núm. 6, Zambia, 2019.

Mental sustituyó a la Ley de Trastornos Mentales, que se remonta a 1949.¹⁶⁹ La Ley de Trastornos Mentales usaba terminología anticuada y despectiva como "débil mentalmente", "idiota", "imbécil", "tonto" e "imbécil moral".¹⁷⁰ También permitía el internamiento y tratamiento forzosos,¹⁷¹ y establecía la toma de decisiones por sustitutos que se lograba a través de "órdenes de control".¹⁷² Las y los activistas de los derechos de las personas con discapacidad que esperaban que la Ley de Salud Mental de 2019 respetara el derecho a la capacidad jurídica para las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales en Zambia estarían decepcionados. La Ley de Salud Mental no suscribe la idea de la capacidad jurídica universal.

Aunque la Ley reconoce que "un paciente disfrutará de capacidad jurídica",¹⁷³ este derecho no es absoluto y la ley deja margen para que un tribunal haga una declaración de que la persona carece de capacidad jurídica. Establece que "cuando un tribunal declara que un paciente mental no tiene capacidad jurídica, dicha persona está legalmente descalificada conforme a la subsección (4) y cualquier otra ley escrita".¹⁷⁴ De manera crucial, la ley no exige el suministro de apoyo para poder ejercer la capacidad jurídica. En su lugar, la Ley de Salud Mental también introduce el concepto de "persona de apoyo", que es una "persona que representa los derechos o intereses de un paciente mental o un usuario de un servicio de salud mental".¹⁷⁵ La ley establece que "cuando un paciente mental carece de capacidad jurídica, un tribunal puede designar a una persona de apoyo".¹⁷⁶ La persona de apoyo puede dar su consentimiento al ingreso y tratamiento.¹⁷⁷ La Ley de Salud Mental exige que

¹⁶⁹ Ley de Trastornos Mentales, capítulo 305, Zambia.

¹⁷⁰ *Ibid.*, secc. 5.

¹⁷¹ *Ibid.*, seccs. 6, 7 y 8.

¹⁷² *Ibid.*, secc. 13.

¹⁷³ Ley de Salud Mental *op. cit.*, en secc. 4 (1).

¹⁷⁴ *Ibid.*, secc. 4 (5).

¹⁷⁵ *Ibid.*, secc. 2.

¹⁷⁶ *Ibid.*, secc. 4 (3).

¹⁷⁷ *Ibid.*, secc. 23 (1).

el consentimiento se obtenga antes de que tenga lugar el ingreso, el tratamiento, la atención, la rehabilitación o la paliación.¹⁷⁸ La ley establece que cuando "un paciente mental no es capaz de dar su consentimiento al tratamiento, una persona de apoyo debe hacerlo".¹⁷⁹ No se requiere que la persona de apoyo confirme la voluntad y preferencia del paciente antes de tomar decisiones en su nombre. Dicha persona es, por ende, análoga a un sustituto en la toma de decisiones. Además, no queda claro lo que constituye la incapacidad para dar consentimiento y esta ambigüedad deja peligrosamente a la Ley de Salud Mental expuesta a posibles abusos.

Contrariamente a la norma en la CDPD, la Ley de Salud Mental también prevé el ingreso involuntario.¹⁸⁰ El ingreso involuntario se prevé en términos aspiracionales más que como una obligación. La Ley de Salud Mental establece que una institución de salud mental "se esforzará" para garantizar que haya un ingreso voluntario.¹⁸¹ Los ingresos involuntarios están permitidos en una "situación de emergencia en la que no es posible o razonable cumplir con el procedimiento para el ingreso y tratamiento voluntarios".¹⁸² Además, la Ley de Salud Mental permite que la junta de la institución de salud mental autorice el "ingreso, tratamiento, atención, rehabilitación o paliación" en circunstancias en las que, si no se hace, podría ocasionar la "muerte o un daño irreversible en un paciente mental", "un paciente mental que se inflige un daño grave a sí mismo o a otra persona" o "un paciente mental que cause daños graves o pérdidas de bienes".¹⁸³ El ingreso involuntario está, por lo tanto, permitido en contravención del derecho a la capacidad jurídica consagrado en la CDPD y el Protocolo sobre Discapacidad en África.

¹⁷⁸ *Ibid.*, secc. 22 (1) (a).

¹⁷⁹ *Ibid.*, secc. 23 (1).

¹⁸⁰ *Ibid.*, secc. 26.

¹⁸¹ *Ibid.*, secc. 25 (1) (a).

¹⁸² *Ibid.*, secc. 26.

¹⁸³ *Ibid.*, secc. 22 (1) (b), (c) (i) (ii) y (iii).

Las reformas legislativas que han tenido lugar hasta la fecha en Zambia indican una renuencia por parte del gobierno zambiano a aceptar la capacidad jurídica universal y un cambio de la toma de decisiones por sustitutos a la toma de decisiones con apoyos, tal como exigen la CDPD y el Protocolo sobre Discapacidad en África. El hecho de que la Ley de Personas con Discapacidad no exija el suministro de apoyo para poder ejercer la capacidad jurídica compromete el potencial de las personas con discapacidad para disfrutar efectivamente el derecho a la capacidad jurídica consagrado en ella. De igual modo, la Ley de Salud Mental permite que el tribunal declare que una persona carece de capacidad jurídica, introduce el rol de la persona que brinda apoyo y que toma decisiones en nombre del paciente —persona sustituta en la toma de decisiones—, y permite el tratamiento involuntario. Esto diluye el potencial transformador del derecho a la capacidad jurídica e indica que la Ley de Salud Mental no ha reformado de hecho la ley sobre capacidad jurídica en Zambia.

C. Sudáfrica

De los países examinados, Sudáfrica es el único país que está elaborando una legislación específica de toma de decisiones con apoyos en la forma de un proyecto del Ley sobre Toma de Decisiones Asistida.

El "Libro Blanco sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", que es un documento normativo que se centra en las personas con discapacidad en Sudáfrica precedió al proyecto de Ley sobre Decisiones Asistidas.¹⁸⁴ El Libro Blanco se basa en la Constitución de Sudáfrica junto con diversos instrumentos jurídicos internacionales, incluida la CDPD.¹⁸⁵ Es una "llamada a la acción para que el gobierno, la sociedad civil y el

¹⁸⁴ Libro Blanco sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Núm. 39792, 9 de marzo de 2016.

¹⁸⁵ *Ibid.*, prólogo del ministro, p. 7.

sector privado trabajen en colaboración para garantizar la inclusión socioeconómica de las personas con discapacidad".¹⁸⁶ El Libro Blanco prevé el derecho al igual reconocimiento ante la ley.¹⁸⁷ Exige una revisión de toda la legislación pertinente para garantizar el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad.¹⁸⁸ Además, exige que la "elaboración de legislación en materia de toma de decisiones con apoyos, en concreto para las personas con discapacidades intelectuales, psicosociales y neurológicas, debe coincidir con la revisión de los regímenes de toma de decisiones por sustitutos."¹⁸⁹ Estrechamente relacionado con eso, exige el desarrollo de servicios de toma de decisiones con apoyos.¹⁹⁰

El proyecto de Ley sobre Toma de Decisiones Asistida se redactó por primera vez en 2004. La Comisión Sudafricana de la Reforma Legislativa revisó posteriormente el proyecto de Ley sobre Toma de Decisiones Asistida de 2004 que precede a la ratificación por parte de Sudáfrica de la CDPD para poder adecuarlo a la CDPD, particularmente al artículo 12.¹⁹¹ El proyecto de Ley sobre Toma de Decisiones con Apoyos tiene por objeto "prever medidas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás".¹⁹² Esto se hace "reconociendo y regulando el apoyo informal"¹⁹³ e "introduciendo y regulando las medidas alternativas de apoyo formal".¹⁹⁴ El proyecto de ley, por ende, prevé el apoyo informal y formal en el ejercicio de la capacidad jurídica.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 77.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹⁹¹ Holness, W. "Equal Recognition and Legal Capacity for Persons with Disabilities: Incorporating the Principle of Proportionality", en *30 S. AFR. J. oN HUM. Rts.*, 2914, pp. 313, 316.

¹⁹² Proyecto de Ley sobre Toma de Decisiones con Apoyos (*Supported Decision-Making Bill*), República de Sudáfrica, sección 2(a).

¹⁹³ *Ibid.*, secc. 2(a) (i).

¹⁹⁴ *Ibid.*, secc. 2(a) (ii).

A fin de que el apoyo informal sea legal, debe ser "razonable para que dicho apoyo lo brinde la persona que lo hace"¹⁹⁵ y la persona con una discapacidad debe haber sido consultada "en la medida en que sea razonablemente posible con respecto a sus necesidades de apoyo, y en la medida de lo posible tiene que haber dado su consentimiento al apoyo brindado".¹⁹⁶ El proyecto de ley también prevé varias salvaguardias relacionadas con el suministro de apoyo informal. Está prohibido usar amenazas o la fuerza sobre la persona con discapacidad.¹⁹⁷ Además, la persona que brinda el apoyo no puede "detener o confinar a la persona con discapacidad".¹⁹⁸ También hay restricciones con respecto a la propiedad, a saber, que el apoyo informal no puede suministrarse con respecto a "la enajenación, hipoteca, sometimiento o concesión de cualquier otro derecho real en bienes inmuebles" que pertenezcan a una persona con discapacidad.¹⁹⁹ El apoyo informal tampoco se puede suministrar cuando "se concreta cualquier contrato de préstamo"²⁰⁰ y con respecto a la "inversión o reinversión de fondos, o el retiro de una inversión", en nombre de una persona con discapacidad.²⁰¹ El apoyo informal no incluye dar o denegar consentimiento con respecto al bienestar personal en términos de la Ley Nacional de Salud (*National Health Act*) de 2003.²⁰² La persona que brinda apoyo informal también debe "llevar registros suficientes del mismo durante al menos cinco años".²⁰³ La persona que brinda apoyo informal no tiene que ser nombrada por el juez auxiliar²⁰⁴ y tiene derecho a reclamar los gastos incurridos en el transcurso del apoyo de la persona con una discapacidad.²⁰⁵

¹⁹⁵ *Ibid.*, secc. 6 (1) (a).

¹⁹⁶ *Ibid.*, secc. 6 (1) (c).

¹⁹⁷ *Ibid.*, secc. 8 (a).

¹⁹⁸ *Ibid.*, secc. 8 (b).

¹⁹⁹ *Ibid.*, secc. 9 (a).

²⁰⁰ *Ibid.*, secc. 9 (b).

²⁰¹ *Ibid.*, secc. 9 (b).

²⁰² *Ibid.*, secc. 10.

²⁰³ *Ibid.*, secc. 11.

²⁰⁴ *Ibid.*, secc. 6 (3).

²⁰⁵ *Ibid.*, secc. 7.

El proyecto de ley también prevé el apoyo formal en el ejercicio de la capacidad jurídica en forma de una persona de apoyo financiero²⁰⁶ y una persona de apoyo de bienestar.²⁰⁷ Una persona de apoyo financiero ayuda a la persona con una discapacidad "en el ejercicio de su capacidad jurídica con respecto a sus bienes".²⁰⁸ Para convertirse en persona de apoyo financiero, uno debe enviar una solicitud y ser nombrado por el juez auxiliar.²⁰⁹ La persona de apoyo financiero está sujeta a determinadas restricciones como la prohibición de usar amenazas o la fuerza,²¹⁰ y restricciones sobre la realización de transacciones específicas relacionadas con los bienes inmuebles sin el consentimiento por escrito del juez auxiliar.²¹¹ La designación de la persona de apoyo financiero está sujeta a una revisión periódica.²¹² Además, la renuncia, suspensión o retirada de una persona de apoyo financiero están reguladas en el proyecto de ley.²¹³

El proyecto de ley también prevé la designación formal por parte del juez auxiliar de una persona de apoyo de bienestar personal para "apoyar a una persona con una discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con respecto a su bienestar personal".²¹⁴ La persona de apoyo de bienestar personal debe llevar registros escritos del apoyo suministrado²¹⁵ e informar a la jueza o el juez auxiliar sobre el apoyo que ha brindado.²¹⁶ La persona de apoyo debe ser remunerada "mediante los bienes de la persona con discapacidad".²¹⁷ La persona de apoyo también está sujeta a restricciones como la prohibición de usar amenazas o la fuerza,²¹⁸ y la prohibición de sustituir a "cualquier otra persona para actuar como persona

²⁰⁶ *Ibid.*, cap. 3.

²⁰⁷ *Ibid.*, secc. 45.

²⁰⁸ *Ibid.*, secc. 16.

²⁰⁹ *Ibid.*, secc. 16.

²¹⁰ *Ibid.*, secc. 34.

²¹¹ *Ibid.*, secc. 35 (1).

²¹² *Ibid.*, secc. 38.

²¹³ *Ibid.*, secc. 39.

²¹⁴ *Ibid.*, secc. 45.

²¹⁵ *Ibid.*, secc. 52.

²¹⁶ *Ibid.*, secc. 53.

²¹⁷ *Ibid.*, secc. 55.

²¹⁸ *Ibid.*, secc. 56.

de apoyo de bienestar personal" en su lugar.²¹⁹ La designación de la persona de apoyo de bienestar personal está sujeta a una revisión periódica por parte del juez auxiliar²²⁰ y la renuncia, suspensión o retirada de la persona de apoyo están reguladas en el proyecto de ley.²²¹ El proyecto de ley también prevé otras formas de apoyo como el poder notarial perdurable²²² y los agentes.²²³

Las reformas que han tenido lugar en Sudáfrica son coherentes con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la CDPD para reconocer el derecho a la capacidad jurídica. Brindan apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica y tienen salvaguardias para evitar abusos. Los esfuerzos legislativos de Sudáfrica son, por lo tanto, encomiables.

VII. Conclusión

Los esfuerzos de reforma sobre capacidad jurídica en Kenia y Zambia han sido en gran medida infructuosos. En parte, esto se debe a una falta de conocimiento adecuado del derecho a la capacidad jurídica, tal como lo muestran los casos de *Siringi* y *Mwewa*. Además, las reformas legislativas muestran una renuencia a aceptar la capacidad jurídica universal y el cambio de un modelo de toma de decisiones por sustitutos a uno con apoyos. El motivo de esta reticencia no es claro. Por consiguiente, la legislación se ha ocupado del derecho a la capacidad jurídica en un nivel superficial o ha legitimado la denegación de capacidad jurídica. En última instancia, la legislación no ha alcanzado el objetivo deseado de reforma de capacidad jurídica.

Sudáfrica es la excepción porque el proyecto de Ley de Toma de Decisiones con Apoyos ejemplifica un enfoque de toma de decisiones con

²¹⁹ *Ibid.*, secc. 58.

²²⁰ *Ibid.*, secc. 59.

²²¹ *Ibid.*, secc. 60.

²²² *Ibid.*, cap. 5.

²²³ *Ibid.*, secc. 73.

apoyos compatible con la CDPD. Si el proyecto se aprueba como ley, es probable que sea la primera legislación que aborde la toma de decisiones con apoyos en el continente africano.

No obstante, los tres países examinados tienen que abolir las leyes existentes que permiten la denegación de capacidad jurídica y la toma de decisiones por sustitutos.