



The Functional Model of Legal Capacity: An Analysis of the Regulation of Legal Capacity in three Common Law Jurisdictions

El modelo funcional de capacidad jurídica: análisis de la regulación de la capacidad jurídica en tres jurisdicciones del Common Law

NELSON ROSAS*

PABLO MARSHALL**

Abstract

This paper introduces the developments of the functional model of legal capacity in the Common Law tradition to Spanish-speaking academic audiences. To achieve this, a brief comparison is drawn between different models to assess whether an adult lacks the necessary capacity to enter legal transactions. It is observed that, out of all these models, the functional model is the only one currently enjoying relative acceptance. For this reason, we comment on its virtues and defects. After the introductory part, this piece moves on to a study of how forensic practice in three jurisdictions that are considered examples of this legal tradition, namely England and Wales in the United Kingdom, British Columbia in Canada, and Queensland in Australia, all regulate the legal capacity of people with disabilities.

Keywords: *Legal Capacity; Functional model; mental capacity; CRPD.*

Resumen

Este trabajo introduce para la literatura hispanoparlante el desarrollo que ha tenido el modelo funcional de capacidad jurídica en la tradición del Common Law. Para ello se comparan brevemente los distintos modelos a los que se ha recurrido para evaluar si una persona adulta carece o no de la capacidad necesaria para poder celebrar negocios jurídicos. Se constata que, de todos ellos, el modelo funcional es el único que en la actualidad goza de relativa aceptación. Por esta razón se comentan en seguida sus virtudes y defectos. Realizada dicha introducción, el trabajo se aboca a estudiar la manera en que la práctica forense en tres jurisdicciones, consideradas como ejemplos de dicha tradición legal, (Inglaterra y Gales en el Reino Unido;

* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Asistente de investigación, proyecto Fondecyt 1190434 (nelson.rosas.a@mail.pucv.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8019-3479>. Artículo recibido el 14 de septiembre de 2022, y aceptado para su publicación el 9 de diciembre de 2022. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt 1190434.

** Universidad Austral de Chile, Chile. Director Alterno Núcleo Milenio DISCA. Investigador adjunto Instituto Milenio MICARE (pmarshall@uach.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8347-4620>.

Cómo citar este artículo:

ROSAS, Nelson y MARSHALL, Pablo (2023). "The Functional Model of Legal Capacity: An Analysis of the Regulation of Legal Capacity in three Common Law Jurisdictions", *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 1, pp. 195-245.

Columbia Británica en Canadá; y Queensland en Australia) regulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Palabras clave: *Capacidad jurídica; modelo funcional; capacidad mental; CDPD.*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de *capacidad jurídica* (en adelante también “CJ”) es utilizado por la dogmática del derecho continental para designar por un lado a la aptitud legal de una persona para ser titular de derechos, para adquirir derechos, o bien de modo más general, para ser sujeto de derecho (*capacidad de goce*); y por otro lado, se identifica también con este concepto a la aptitud para ejercer tales derechos sin el consentimiento, autorización o ministerio de otra persona (*capacidad de ejercicio*).¹ Mientras que la llamada capacidad de goce ha sido tenida como un atributo inseparable de la personalidad, incluso considerándosele como algo inherente a todo ser humano; la capacidad de ejercicio en cambio, que se estudia a propósito de la teoría de los actos jurídicos, tradicionalmente se ha entendido que puede estar ausente en algunas personas.²

Desde hace algunos años, a raíz del influjo proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, la noción y con ello los regímenes de CJ, están experimentando una profunda transformación en los sistemas de derecho civil a lo largo del mundo. La consagración del derecho al igual reconocimiento ante la ley en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CDPD”),³ ha afectado enormemente el debate en esta materia, al imponer sobre los Estados la obligación de reconocer la CJ de las personas con discapacidad mental⁴ en términos igualitarios respecto a todos los demás, proveyéndoles además de apoyos para la toma de decisiones, en conjunto con las salvaguardias para la prevención de abusos.⁵

De esta manera y de conformidad con la interpretación del Artículo 12 que respalda el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el “Comité”), la discapacidad no constituye base suficiente para restringir la CJ de una persona. En consecuencia, toda forma de privación de la CJ, así como también todo sistema de sustitución de la voluntad de una persona con discapacidad por la voluntad de un tercero, se alzaría así en abierta contravención a dicha norma.⁶ En este sentido, tal obligación ha sido entendida por el Comité, en lo que es una opinión compartida por parte importante de la literatura⁷, como

¹ DUCCI (2015), pp. 122-123; BARCIA LEHMANN (2007), pp. 67-69.

² El presente trabajo se ocupa de esta última dimensión de la capacidad, dado que ésta presupone precisamente que hay sujetos incapaces. En consecuencia, las referencias que en adelante se hagan a la CJ deben entenderse que hacen alusión a la *capacidad de ejercicio*.

³ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, (2006). Art. 12 (2).

⁴ Bajo el concepto de discapacidad mental se suelen agrupar en el derecho chileno a las discapacidades intelectuales, psicosociales y otras afectaciones que impactan en la capacidad de toma de decisiones de las personas. véase Art. 2, Ley N°18.600 (1987) y Art. 5°, Ley N°20.422 (2010).

⁵ SERIES & NILSSON (2018).

⁶ COMITÉ CDPD (2014). Observación General N°1.

⁷ ARSTEIN-KERSLAKE & FLYNN (2016), pp. 474-75; BACH (2012), pp. 60 y ss.; QUINN (2010), pp. 10 y ss.

la exigencia que recae sobre los Estados que forman parte de la Convención, de implementar en sus ordenamientos jurídicos nacionales un modelo universal de CJ, que mire a ésta, al igual que como a la capacidad de goce, como un atributo universal de la persona, buscando así separar definitivamente a este constructo jurídico, en la teoría y en la práctica, del grado de *capacidad mental* que en concreto pueda demostrar un individuo determinado para adoptar sus decisiones.⁸ Pese a que en los hechos la capacidad individual de decisión pueda ser susceptible de fallar en ocasiones, en el ámbito jurídico el pleno reconocimiento de la autonomía personal ha de ser el valor preponderante.⁹ Lo anterior, sumado a la progresiva aceptación del *modelo social de discapacidad*,¹⁰ ha popularizado el convencimiento de que estamos asistiendo a un fundamental *cambio de paradigma* en relación a la forma en que la sociedad en general, y los profesionales del cuidado, junto a los operadores jurídicos en particular, han históricamente comprendido y abordado los conceptos de capacidad, discapacidad, dependencia y autonomía individual.¹¹ Con todo, y aunque este no sea el lugar para calificar el mérito de los argumentos a los que recurre el Comité para sostener dicha interpretación, sí cabe señalar que aquella lectura, a la vez que ha sido cuestionada por parte de la doctrina,¹² ha encontrado resistencia también en varios Estados parte,¹³ insistiéndose en ambos casos en lo mismo: que el reconocimiento pleno de la CJ sería en determinadas instancias incompatible con el deber de protección de la discapacidad,¹⁴ lo cual acaso constituya una prueba de que la restricción de la CJ continúa siendo una práctica institucional ampliamente arraigada,¹⁵ en la medida que dicha justificación sigue informando la mayoría de los regímenes de CJ en el mundo.¹⁶ Siendo este el panorama general, sin embargo, cada vez es mayor el número de países que se encuentran desplegando esfuerzos orientados a implementar el Art. 12 de la CDPD en su derecho interno, empresa en la cual varios estados de Latinoamérica llevan la delantera. Mientras que muchos estados han resistido el dejar atrás los tradicionales sistemas de evaluación de capacidad y las viejas prácticas de sustitución de voluntad en la forma de tutelas o curatelas, la noción de la CJ como un derecho humano universal se ha ido progresivamente incorporando en Argentina

⁸ Como se observará más adelante, la práctica de medir el grado de capacidad mental en una persona tampoco resulta pacífica desde un punto de vista epistemológico. Ya que, en resumen, y para expresarlo con la ironía de Beirce: “*It is noteworthy that persons are pronounced mad by officials destitute of evidence that themselves are sane.*” BEIRCE (2000) p. 159.

⁹ CAMPS (2021) p. 128.

¹⁰ Véase MARSHALL (2020) pp. 56-57.

¹¹ QUINN (2010) pp. 3; 12 y ss.

¹² Para una revisión general de las interrogantes y las dificultades que surgen a partir de esta interpretación, véase: GOODING (2015).

¹³ El Artículo 12 fue objeto de numerosas reservas y declaraciones sobre la compatibilidad del texto de la CDPD con la subsistencia de instancias de toma sustituta de decisiones, entre ellas las de Australia, Canadá, Egipto, Francia y los Países Bajos, véase: *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, (2006). United Nations, Treaty Series. Disponible en: **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.** (consultado el 30 de junio de 2021). Asimismo, durante la elaboración de la Observación General N°1, el Comité CDPD recibió comentarios críticos al primer borrador en relación con la prohibición de instancias de toma de decisiones sustitutivas de Dinamarca, Francia, Alemania, Noruega y Nueva Zelanda. Véase: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/dgcarticles12and9.aspx> (consultado el 30 de junio de 2021).

¹⁴ MARSHALL (2020) p. 47.

¹⁵ BREGALIO & CONSTANTINO (2022).

¹⁶ ARSTEIN-KERSLAKE (2017), pp. 64-65.

(2015)¹⁷, Costa Rica (2016)¹⁸, Perú (2018)¹⁹ y Colombia (2019)²⁰. Estas legislaciones han transformado sus regímenes generales de tutela en regímenes de *apoyo al ejercicio de la Cj*, dando cuenta con ello de un intento serio por aplicar las recomendaciones del Comité de la CDPD.²¹ En el medio de la vigencia de esta exigente comprensión civilista de la capacidad²² por una parte; y los avances de vanguardia que hemos señalado, que inscriben a esta noción en el plano más universal de los derechos humanos, por otra; muchas jurisdicciones aún no han reformado en sus regímenes generales de CJ, y se hallan todavía en proceso de analizar las distintas ventajas que ofrecen las alternativas disponibles.²³ Como se ha expresado en otra parte, tal ejercicio es necesario, porque de lo contrario, un cambio legal acelerado en esta materia corre el riesgo de fracasar.²⁴ En este escenario, el objetivo del presente trabajo es introducir a la literatura especializada en castellano, las reformas y los intentos que se han llevado a cabo por adoptar ciertos aspectos de este estándar de derechos humanos a las jurisdicciones pertenecientes al *Common Law*, cuya evolución ha experimentado un desarrollo que difiere del proceso que se ha vivido en los sistemas latinoamericanos, en donde las recientes reformas han implicado un tránsito de un régimen de sustitución total y permanente de la voluntad hacia un inédito sistema de reconocimiento universal de la CJ y apoyos, sin haber pasado, en la mayoría de los casos, por lo que pudiéremos llamar un régimen intermediario entre estos dos extremos.

En el derecho común anglosajón en cambio, se encuentra el modelo funcional de la capacidad, el cual ha sido el resultado de una ola de reformas anteriores a la CDPD, a través

¹⁷ MARTINEZ-PUJALTE (2019).

¹⁸ AMEY & FERNÁNDEZ (2019).

¹⁹ CONSTANTINO (2020).

²⁰ HERNÁNDEZ RAMOS (2020); ISAZA (2021). Para en análisis comparado de estas reformas, véase MARSHALL *et al* (2023).

²¹ MARSHALL *et al.* (2023); MARTINEZ-PUJALTE (2019). Recientemente también, España (2021) se ha sumado a esta lista de reformas, razón por la cual QUIZÁS SERÍA MEJOR COMENZAR A HABLAR EN ESTA MATERIA DEL LIDERAZGO HISPANOAMERICANO. VÉASE: HERNÁNDEZ Sánchez (2022).

²² Es una comprensión *exigente* de la capacidad puesto que pese a que ésta se suele presumir por regla general, aquella admite al mismo tiempo la aplicación de un procedimiento destinado a la incapacitación de todo aquel que no cumpla con ciertos estándares mínimos de racionalidad que hacen que una voluntad sea relevante y que sus expresiones cuenten para la vida del derecho; y es *civilista*, precisamente porque en este ámbito jurídico la capacidad es tematizada en cuanto que otro de los elementos que deben concurrir para la celebración válida de los actos jurídicos, lo cual en último término dice relación con el establecimiento de medidas jurídicas restrictivas de la autonomía de las personas con el fin de conservar y proteger su patrimonio.

²³ Tal es el caso del Estado de Chile, que ratificó a la CDPD como parte de su derecho interno por medio del Decreto 201 del Ministerio de RR.EE, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2008. Cabe acotar que en el sistema chileno persiste a la fecha el modelo de incapacitación por estatus (a través de la declaración judicial de incapacitación absoluta por demencia), consagrado en el Código Civil (1857) y reforzado en la Ley 18.600, que establece normas sobre deficientes mentales (1987). Con el objetivo de armonizar la legislación conforme al estándar de la CDPD, en 2019 se presentaron en el Congreso Nacional dos proyectos distintos de reforma. Estos son: El Boletín N°12441-17, que “Modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía”; El Boletín N°12612-07, que “Restringe gradualmente la capacidad de ejercicio de los adultos mayores con deterioro cognitivo”; a estos se sumó en enero de 2022, el Boletín N°14.783-079, que “Crea un Estatuto de Facilitadores y Asistentes, establece un nuevo procedimiento de interdicción de las personas dementes, y modifica el Código Civil y otros cuerpos legales que indica”. Véase: MARSHALL (2020) pp. 46-47; JARUFE (2022); LATHROP (2022) pp. 248-250.

²⁴ MARSHALL (2020) p. 47.

de las cuales se buscó consagrar una regulación que pudiese ser calificada como más respetuosa de la dignidad de las personas, sin llegar a abolir por ello todas las instancias de sustitución de voluntad. Por consiguiente, estos sistemas intermedios se articularon en torno a la aplicación de un procedimiento destinado a evaluar la capacidad mental de las personas con discapacidad para tomar decisiones, denominado *test de funcionalidad*, cuya justificación como se verá, ha sido en los últimos años puesta en tela de juicio.

La estructura de este trabajo es la siguiente: En la sección II se revisan algunas ideas generales acerca de la evolución del *modelo funcional*. Luego las siguientes secciones entregan una visión panorámica sobre el desempeño práctico de este modelo en la regulación de la CJ en tres de las jurisdicciones pertenecientes a la tradición del *Common Law*. Este análisis comienza con una exposición detallada de la *Mental Capacity Act* inglesa, *qua* ejemplo paradigmático del modelo funcional. Se estudian luego los ejemplos de las jurisdicciones canadienses y australianas como variaciones de aquel, las cuales, al menos en el caso de la Columbia Británica en Canadá, acaso logran dejarlo atrás, observándose elementos que las acercan a las anteriormente mencionadas reformas latinoamericanas.

Tabla 1. Jurisdicciones analizadas

Estado	Regulación	Acrónimo
Inglaterra y Gales (Reino Unido)	Mental Capacity Act (2005)	MCA
Columbia Británica (Canadá)	Representation Agreement Act (1996)	RAA
Queensland (Australia)	Guardianship and Administration Act (2000, reforma de 2019)	GAA

II. LA EMERGENCIA DE UN MODELO FUNCIONAL DE CAPACIDAD

En aquellos ordenamientos jurídicos en donde las restricciones a la CJ de adultos aún continúan vigentes, la doctrina suele distinguir entre tres enfoques:

- (a) el modelo basado en el *estatus*, que hace depender la incapacitación a la presencia de una discapacidad (relevante) en la persona;
- (b) el modelo basado en el *resultado*, en que la decisión adoptada por una persona es considerada inválida si llega a ser percibida como negativa para su bienestar; y
- (c) el modelo basado en la *funcionalidad*, en que un test de capacidad mental es aplicado a la persona para determinar si es competente para adoptar una decisión en particular.²⁵

Tal abanico de opciones se halla disponible, no obstante, tan solo en apariencia, pues no todos ellos gozan de la misma popularidad. Así, en realidad, el único de estos enfoques que puede ser defendido con relativo éxito hoy en día corresponde al modelo funcional.

²⁵ Véase en este sentido: BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE (2013), pp. 16 y ss; ARSTEIN-KERSLAKE (2017), p. 69.

Como se ha señalado, el modelo funcional de CJ bien puede considerarse como el resultado de un proceso de reformas en esta región que data de hacia finales del siglo pasado, época en que comenzó a ganar terreno el consenso según el cual ni el diagnóstico médico ni la adopción de una decisión irracional constituían factores objetivos sobre los cuales determinar la incapacidad de una persona.²⁶ Así, mientras la aplicación del enfoque basado en el *estatus*, que tras un diagnóstico médico impone etiquetas permanentes de capacidad o incapacidad en una persona, comenzó a ser percibida como un acto discriminatorio; el enfoque basado en el resultado también sería juzgado como inadecuado, pues al exigir actuar de acuerdo a los valores del evaluador de la conducta, “penalizaba la individualidad y demandaba conformidad a expensas de la autonomía personal”.²⁷ Fue justamente la percepción generalizada de estas falencias el factor que gatilló hacia finales de los años noventa esta ola de reformas en el ámbito del *Common Law* encaminadas a revisar los sistemas de *guardianship* (equivalentes al régimen de guardas del derecho continental), conservando a esta institución ahora como una solución de *ultima ratio*, frente a una nueva gama de instrumentos de planificación que se crearon con el fin de *maximizar* la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, el modelo funcional fue percibido en este sentido como mucho más progresista y sofisticado que aquellos que lo precedieron, en la medida que ofrecía una mirada más respetuosa de la autonomía de las personas, proveyéndolas de un conjunto de garantías mínimas durante la evaluación de su capacidad para adoptar decisiones y una gama de salvaguardas más estrictas para la protección contra los abusos. Así, por ejemplo, es un principio general del modelo funcional el buscar imponer la medida menos restrictiva a los derechos de la persona, tendiendo a proteger su autonomía mediante salvaguardas procesales.²⁸ Además, de acuerdo con sus defensores, que la declaración de incapacidad solo afecte a una decisión singular garantizaría que para todos los demás asuntos, la persona con discapacidad conserve su agencia.²⁹ En síntesis, como se verá a continuación en las tres jurisdicciones que se estudian, el modelo funcional requiere para su materialización, de la aplicación del llamado *test de funcionalidad* o *test de capacidad mental*, cuyas características particulares si bien varían dependiendo del sistema de que se trate, tiende a contemplar en general dos evaluaciones. En primer lugar, un *test de diagnóstico* que identifica un impedimento mental³⁰ que produzca una alteración tal en los procesos cognitivos de un sujeto que en la práctica esta situación le impida tomar decisiones de un modo racional. En segundo lugar, considera la realización de un *test de funcionalidad en sentido estricto*, es decir, el examen acerca de si la extensión del impedimento en cuestión afecta la habilidad de la persona para comprender la naturaleza y las consecuencias de sus actos.

²⁶ KONG (2017), pp. 18–19.

²⁷ THE LAW COMMISSION (1995), para. 3.4.

²⁸ STEVENS & HEBBLEWHITE (2014), p. 16.

²⁹ STEVENS & HEBBLEWHITE (2014), p. 16; WILLNER *et al* (2011), p. 159; QUINN & ARSTEIN-KERSLAKE (2012), pp. 44–46.

³⁰ Además de la discapacidad mental (intelectual y/o psíquica), otras fuentes de declinación cognitiva comúnmente citadas por la doctrina anglosajona listan el estado de delirio, la depresión y el uso de drogas. Véase: BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE (2013), pp. 13-15.

III. INGLATERRA Y GALES (REINO UNIDO)

3.1 Los principios de aplicación de la MCA y el mecanismo de decisiones informales

Un buen ejemplo de cómo es que opera el modelo funcional en la práctica lo provee la *Mental Capacity Act* (2005) de Inglaterra y Gales (“MCA”).³¹ Esta ley, en conjunto con su *Code of Practice*,³² componen el marco jurídico que rige el procedimiento de evaluación de una persona mayor de 16 años para adoptar una decisión particular en el evento en que su capacidad mental haya sido puesta en duda para decidir en un momento determinado.³³

Cinco son los principios que gobiernan la aplicación de la MCA. Conviene tenerlos presentes:

1. La capacidad mental de una persona debe presumirse a menos que se logre establecer que carece de ella.
2. Una persona no debe ser tratada como incapaz de decidir por sí misma sino después de haber sido agotados sin éxito todos los medios disponibles para ayudarle en este propósito.
3. La adopción de una mala decisión (*an unwise decision*) no transforma a la persona en incapaz. Una mala decisión sigue siendo una decisión.
4. Las decisiones adoptadas en nombre de una persona que carece de capacidad mental deben ser hechas en su interés superior (*best interest*).
5. A la hora de adoptar una decisión, el decisor sustituto designado deberá adoptar siempre el curso de acción que sea menos restrictivo a los derechos y la libertad de acción de la persona.³⁴

Como se puede apreciar, la práctica de este test deposita la carga de la prueba sobre quien desee desafiar la presunción de capacidad, razón por la cual el primer principio ha sido considerado como un principio empoderante.³⁵ Así se ha calificado también al segundo principio, pues conforme a él se entiende que la sustitución de la voluntad constituye una solución subsidiaria. Los esfuerzos deben ir dirigidos antes bien hacia aumentar la autonomía de la persona, trabajo que requerirá de apoyos más o menos intensos para la toma de decisiones dependiendo del caso en concreto. Esto, como lo indica el tercer principio, implica incorporar la ‘dignidad del riesgo’,³⁶ a través de la permisión de lo que podrían considerarse como malas decisiones. De esta forma, la primera responsabilidad de un eventual decisor sustituto será la de *maximizar* la capacidad de las personas proveyéndoles del apoyo y la información necesaria para tomar la decisión requerida. Deberá, además, ser capaz de demostrar que hizo uso de todos los esfuerzos razonables en esta tarea.

³¹ *Mental Capacity Act* (2005). Escocia tiene propia su regulación en esta materia, plasmada en la *Adults with Incapacity Act* (2000).

³² *Mental Capacity Act 2005: Code of Practice* (2007).

³³ Las salvaguardias legales establecidas en la MCA vinieron a reemplazar el viejo procedimiento guiado por los estatutos jurisprudenciales del *Common Law* que regía hasta entonces. Véase: BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE (2013), p. 12.

³⁴ *Mental Capacity Act* (2005), Sec. 1.

³⁵ STEVENS & HEBBLEWHITE (2014), p. 18.

³⁶ BOGG & CHAMBERLAIN (2015), p. 15.

Según lo establece la MCA, la persona llamada a evaluar la capacidad mental de la persona será quienquiera que se encuentre en la posición de relacionarse en forma directa con ella (*directly concerned*) en el momento en que una decisión en particular deba ser tomada y su capacidad haya sido puesta en duda.³⁷ Cotidianamente esto involucrará a quien esté a cargo de su cuidado diario (familiares, enfermeros, asistentes, etc.). En contextos de mayor complejidad, sin embargo, dado que el consentimiento se requiere para acceder a una intervención médica, dicha evaluación podrá ser llevada a cabo por el médico tratante.³⁸ Luego, si se llegase a establecer la creencia razonable (*reasonable belief*) de que la persona adolece de la capacidad para adoptar la decisión, entonces será la persona quien instó a la evaluación quien deberá tomar la decisión por ella, motivo por el cual este mecanismo se conoce como “*decisiones informales*”.³⁹ En esta labor, la consulta a los cercanos de la persona o a especialistas en discapacidad no es obligatoria, pero es una buena práctica recomendada.⁴⁰ Lo importante a resaltar aquí es que la incapacidad que se declara lo es respecto de cada decisión considerada en forma aislada. En ningún caso estaremos frente a una declaración con efectos generales o permanentes.

3.2 El test de capacidad puesto en práctica

El test de capacidad propiamente tal se compone de dos partes, consagradas en la MCA del siguiente modo. En primer lugar, el “*test de diagnóstico*”,⁴¹ destinado a averiguar si la persona posee un “impedimento o una perturbación en el funcionamiento de la mente o del cerebro”, lo cual puede ser causa de una condición temporal o definitiva. El *Code of Practice* desarrolla esta disposición en un sentido bastante amplio, indicando que el impedimento puede deberse a una enfermedad mental, a la “demencia”, a una discapacidad en el aprendizaje, como así también debido a condiciones médicas o físicas que causen confusión, incluyendo los síntomas producidos por el uso de alcohol o drogas, entre otros. Luego la segunda parte, el “*test de funcionalidad en sentido estricto*”, se ocupa de determinar si la presencia de este impedimento o perturbación le impide a la persona adoptar una decisión sobre una materia en concreto y en un momento en específico. A la oportunidad de la decisión también se la conoce como el “*momento relevante*” para la evaluación funcional de la capacidad para tomar decisiones. El umbral de cognición que impone la MCA esta recogido en su Sección 3(1). Una persona adulta será incapaz de adoptar una decisión en particular por sí misma si esta:

- i. Es incapaz de entender la información relevante para la decisión.
- ii. Es incapaz de retener esa información.
- iii. Es incapaz de sopesar o de utilizar esta información como parte de su proceso para adoptar la decisión, o

³⁷ *Code of Practice* (2007), para. 4.38.

³⁸ *Mental Capacity Act 2005: Code of Practice* (2007), para. 4.51.

³⁹ BACH (2012), p. 89.

⁴⁰ *Mental Capacity Act 2005: Code of Practice* (2007), para. 5.49; National Institute for Health and Care Excellence (2018), para. 15.7.

⁴¹ JAMES (2012), p. 35.

iv. Es incapaz por todos los medios posibles de comunicar su decisión.⁴²

En la práctica, dicha evaluación es llevada a cabo mediante una serie de preguntas que se le hacen a la persona con discapacidad con el propósito de determinar si ha pasado o no el umbral referido: — ¿Sabes qué pasará si este mes no pagas el arriendo?, es por ejemplo una pregunta recomendada por el *Mental Capacity Policy and Implementation Team*.⁴³ Factores importantes a evaluar en esta interrogación son la habilidad intelectual en general, la memoria, la atención y la concentración, el razonamiento, el procesamiento de la información, la comprensión verbal en todos los medios de comunicación, las influencias culturales, el contexto social y la capacidad para comunicarse. Con todo, la MCA aclara que este diagnóstico acerca de la capacidad mental descansa en un balance de probabilidades,⁴⁴ uno que el eventual decisor sustituto deberá saber ponderar, reconociendo así de manera implícita que de este test no cabe esperar resultados infalibles.

3.3 La sustitución en la toma de decisiones y el rol del interés superior

Si luego de aplicado el test funcional, el evaluador razonablemente considera que una persona carece de la capacidad mental suficiente como para tomar la decisión, el primero estará habilitado entonces para actuar en calidad de *decisor sustituto*, debiendo inclinarse por aquello que represente su *interés superior*. La MCA no señala en qué consiste este interés superior. Ello tendrá que determinarse en concreto y para cada instancia. En todo caso, insisten sus defensores, este parámetro resultaría en un criterio objetivo al cual atenerse frente a lo que subjetivamente podrían querer o preferir la persona a la que corresponde la decisión. Sin embargo, la Sección 4 MCA y el Capítulo 5 del *Code of Practice* contienen una serie de recomendaciones a las que el decisor sustituto deberá ceñirse en “la medida que sea razonable” a la hora de determinar cuál será en cada caso el interés superior de la persona. En esta tarea deberá considerar hasta donde ello sea posible los deseos, creencias y valores de la persona, ya sean estos presentes o pasados.⁴⁵ Ni la edad, ni la apariencia física, ni tampoco la conducta constituyen bases suficientes para fijar qué es lo que será mejor para la persona, quien por otro lado deberá asumir un rol activo en este procedimiento. Al decisor le corresponderá invitarla a involucrarse lo máximo que le resulte viable, teniendo que además tomar en cuenta la opinión de quienes forman parte de su red de cuidados. En el trabajo de considerar todas las circunstancias relevantes, el decisor deberá preguntarse si acaso es probable que la persona habrá de recuperar su capacidad mental en el futuro. Si la respuesta fuese afirmativa entonces el *Code of Practice* recomienda posponer la decisión por un tiempo prudente, a la espera de que la persona recobre su capacidad. La jurisprudencia de la *Court of Protection* (COP) ha aconsejado repetidamente en este punto realizar un balance de

⁴² Esta lista de requisitos hace eco del criterio ya utilizado por el *case law* hace más de 150 años atrás: véase *Banks v. Goodfellow* (1870). Un comentario en profundidad sobre este y otros casos similares puede hallarse en: ZUSCAK *et al.* (2019), p. 30.

⁴³ JAMES (2012).

⁴⁴ *Mental Capacity Act* (2005), Sec. 2 (4).

⁴⁵ Se ha observado que, bajo la influencia de la CDPD sobre la MCA, la exigencia de considerar los deseos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad ha comenzado a adquirir últimamente un valor cada vez mayor en la ecuación del mejor interés. Véase, KEENE & AUCKLAND (2015), p. 299.

los aspectos médicos, socioeconómicos y emocionales del asunto sobre el cual versará la decisión.⁴⁶

3.4 Tribunal competente y jerarquía de decisores sustitutos

La COP es un tribunal especial creado por la MCA⁴⁷ con competencia para conocer y resolver disputas acerca de las decisiones que involucran a personas que carecen de capacidad mental según las reglas reseñadas. La infracción a estas reglas por parte de los decisores sustitutos en el ejercicio de su cargo (sea que se trate de decisores formales o informales) puede ser denunciada ante la COP, por cualquiera que tenga interés en ello.⁴⁸ Por su parte, la COP comprende dentro de sus funciones la facultad para determinar si una persona es o no mentalmente capaz para adoptar decisiones particulares; para decidir también por ella, favoreciendo su interés superior; y para designar (y asimismo remover) a uno o más terceros (que serán generalmente los familiares) denominados *Deputies* con el fin de que estos decidan continuamente por ella y siempre en su interés superior sobre cuestiones relacionadas con su propiedad, sus finanzas, su salud y/o su bienestar personal.

3.5 Instrumentos privados de planificación

Aparte de los familiares, amigos o ciertos profesionales involucrados actuando como decisores informales, y de los *Deputies* designados formalmente por la COP, la MCA también establece la posibilidad dirigida para aquellas personas mayores de 18 años que aún conservan su capacidad mental pero que temen perderla a futuro, de designar ellas mismas por adelantado a un apoderado mediante el documento conocido como *Lasting Power of Attorney* (“LPA”), instrumento privado de planificación personal y/o patrimonial que vino a reemplazar al preexistente *Enduring Power of Attorney*. Existen, según la materia que será objeto de la decisión, dos clases de LPA: (a) uno que autoriza al apoderado a decidir sobre el bienestar personal de la persona que lo nombra (lo cual incluye consentir intervenciones médicas) y; (b) otro que lo faculta para adoptar decisiones concernientes a su propiedad y a sus finanzas. En esta categoría se encuentra también el documento denominado *Advance Decision to Refuse Treatment* (“ADRT”) a través del cual una persona con capacidad de ejercicio plena puede negarse por adelantado a recibir tratamiento médico, anteponiéndose a la hipótesis en que su capacidad para rehusarse en el momento relevante será eventualmente desafiada.⁴⁹

3.6 La Office of the Public Guardian y el Independent Mental Capacity Advocate

Para que puedan gozar de validez, todos los LPA que se celebren deberán registrarse obligatoriamente en la *Office of the Public Guardian* (“OPG”), órgano establecido asimismo por

⁴⁶ Para un inventario de los casos en que la COP ha hecho aplicación de la MCA véase: 39 Essex Chambers (2022).

⁴⁷ *Mental Capacity Act* (2005), Sec. 45.

⁴⁸ *Mental Capacity Act 2005: Code of Practice* (2007), para. 8.

⁴⁹ *Mental Capacity Act* (2005), Sec. 24.

la MCA. Su principal función consiste en actuar como salvaguardia de las personas con discapacidad, lo que en la práctica se traduce, además de la obligación de llevar este registro en el que deben anotarse tanto los instrumentos de planificación que se celebren, como los *Deputies* designados por la COP, en la tarea de supervigilar el ejercicio de las funciones de ambos, proveyendo de reportes periódicos a la COP para que ésta, si es necesario, designe visitantes (*visitors*) con el fin de investigar la comisión de posibles abusos.

Además, y como una solución específica para aquellas personas particularmente vulnerables y sin redes de apoyo, es decir que no cuentan con familiares, amigos o apoderados a quienes sería apropiado consultar a la hora de decidir sobre tratamientos médicos importantes, la MCA creó la figura del *Independent Mental Capacity Advocate* (IMCA⁵⁰), un servicio de apoyo que, sin decidir por ellas, deberá abogar por su interés superior, colaborar y, en ocasiones, enfrenar al personal llamado a disponer sobre la salud de una persona.⁵⁰

3.7 Salvaguardias especiales de la libertad personal: El caso de las Deprivation of Liberty Safeguards

Por último, las *Deprivation of Liberty Safeguards* (“DOLS”), salvaguardia añadida en 2009 por medio de una enmienda a la MCA, están destinadas a brindar protección legal a aquellas personas especialmente vulnerables (sin redes de apoyo) mayores de 18 años y que carecen de la capacidad suficiente para consentir acerca de su bienestar, cuyo interés superior y para evitar que se hagan daño requiere que sean privadas de libertad ya sea en hospitales o en asilos registrados según la *Care Standards Act*.⁵¹ Las DOLS protegen a las personas con discapacidad a través de la previsión de un complejo procedimiento legal de seis partes,⁵² el cual deberá ser solicitado por el interesado en obtener que se autorice su internación, por parte del órgano administrativo creado para tal efecto, el *Supervisory Body*.⁵³

IV. COLUMBIA BRITÁNICA (CANADÁ)

4.1 La innovación introducida por la Representation Agreement Act: ¿Hacia un concepto post-funcional de capacidad?

Puesto que se trata de un país federal, Canadá admite tantos regímenes de CJ como el número de provincias y territorios en los que está políticamente dividida. La provincia de la Columbia Británica (en adelante también, “BC”, por sus siglas en inglés) destaca por ser legislación pionera en el mundo en la implementación de los sistemas de apoyo en la toma de decisiones, anticipándose incluso a la propia CDPD en el reconocimiento del derecho de

⁵⁰ Las funciones del IMCA, desde el año 2006, se encuentran desarrolladas en: *The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations* (2016).

⁵¹ *Care Standards Act* (2000).

⁵² Para una guía completa acerca de este procedimiento véase: JAMES (2012); SOCIAL CARE INSTITUTE FOR EXCELLENCE (SCIE) (2020a).

⁵³ En marzo de 2014 esta regulación fue complementada a través de un pronunciamiento de la *Supreme Court* en el caso *Cheshire West*, en el que se creó el examen conocido como el “*Acid Test*”, que mediante dos simples preguntas sirve para determinar cuándo una persona con discapacidad se encuentra privada de libertad, algo que no había quedado lo bastante claro en las DOLS. Estas preguntas son: ¿Está la persona sujeta a un control y una supervisión continua? ¿Es la persona libre de irse del recinto?

las personas con discapacidad a ser asistidas en el ejercicio de su CJ.⁵⁴ Esto ha sido así desde la dictación en 1996 de la *Representation Agreement Act*⁵⁵ (“RAA”), que les brinda la posibilidad de celebrar “Acuerdos de Representación” (“AR”), instrumento jurídico de carácter privado disponible como alternativa a la sustitución en la toma de decisiones a través de la curatela.⁵⁶

Este liderazgo mundial de BC en la materia se consolidó luego de un trabajo de tres años del Comité Interdisciplinario sobre Incapacidad y en el que participaron activamente personas con discapacidad en la redacción de la RAA.⁵⁷ Este Comité concluyó que no existía tal cosa como un test que fuera totalmente confiable a la hora de determinar la falta de capacidad mental. En su lugar, lo mejor con lo que podíamos contar son procedimientos que con el tiempo suficiente y luego de consultas adecuadas podrían tal vez llegar a sugerir la presencia de la capacidad en una persona.⁵⁸ Esta tesis se deja ver tanto en la presunción de capacidad como en la protección del principio de autodeterminación y el reconocimiento del rol que juega la interdependencia en la toma de decisiones, principios que informan en su conjunto la aplicación de la RAA. Aquella nueva concepción aparece manifiesta en los mismos propósitos de la RAA (Sección 2). En ellos se indica que su objeto es proveer a todos los adultos (mayores de 19 años) de un mecanismo para: (a) permitirles resolver por adelantado lo que sucederá en relación con sus decisiones si en el futuro devinieran incapaces de adoptarlas de manera independiente y; (b) evitar la necesidad de recurrir a tribunales para designar decisores sustitutos cuando a un adulto le sobreviniera una incapacidad.

4.2 Panorámica de los instrumentos privados de planificación en BC

El AR no es el único instrumento de planificación disponible en BC. Así, este panorama está compuesto por dos instrumentos de planificación adicionales. Primero, el poder conocido como *Enduring Power of Attorney* (“EPOA”),⁵⁹ mediante el cual es posible designar a un apoderado para que éste decida acerca de lo asuntos legales y financieros⁶⁰ propios con una libertad mayor a como lo haría bajo un AR en cualquiera de sus dos formatos.⁶¹ Segundo, desde 2011, la autorización legal de las llamadas *Advance Directives* (“AD”).⁶² Aunque con ellas no se nombra a ningún Representante ni apoderado, estas consisten en documentos con instrucciones específicas referidas a intervenciones o tratamientos médicos determinados.⁶³ Sin embargo, puesto que estas herramientas miran a futuro, previniendo qué pasará en el caso de una futura falta de capacidad, ninguno estos documentos puede tener su

⁵⁴ GHEORGHE (2010), pp. 13 y ss.

⁵⁵ *Representation Agreement Act, RSBC 1996, c 405* (1996).

⁵⁶ Según lo establecido en las otras leyes que regulan paralelamente este fenómeno. Véase, *Adult Guardianship Act, RSBC 1996, c 6* (1996); *Patients Property Act RSBC 1996, c. 349* (1996); *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, RSBC 1996, c 181* (1996); *Public Guardian and Trustee Act RSBC 1996, c. 383* (1996).

⁵⁷ KERZNER (2011), p. 36.

⁵⁸ NIDUS (2012), p. 16.

⁵⁹ *Power of Attorney Act RSBC 1996, c. 370* (1996).

⁶⁰ No se puede firmar un EPOA que trate sobre asuntos de salud o personales.

⁶¹ Esto se ve reflejado fundamentalmente en el distinto papel que asigna la ley a los deseos, valores y creencias de la persona con discapacidad. En el EPOA estos adquieren un rol secundario frente a lo que pueda significar su interés superior. En el AR en cambio, su valor es prioritario. MCCONCHIE (2020), p. 26.

⁶² Lo anterior, mediante una enmienda a la Sec. 2.1. de la MCA.

⁶³ LAW (2017), pp. 39 y ss.

origen en la voluntad de una persona que ha sido judicialmente declarada incapaz al tiempo de su celebración. Tal es en efecto la regla general del régimen de CJ en BC. La excepción la constituye el AR.

El AR puede ser definido como una herramienta jurídico-privada de planificación personal mediante la cual un adulto faculta a una o más personas que él reconoce que forman parte de su red de apoyo para que éstos le asistan a tomar decisiones o que derechamente decidan ellos mismos por ella sobre asuntos determinados. El AR nos recuerda en este sentido al LPA británico. Ambos constituyen instrumentos destinados a servir a la población adulta en general, para que estos puedan hacer planes en el evento de su futura incapacidad. Lo vanguardista de la regulación de BC, sin embargo, y aquello que la diferencia de todos los demás mecanismos de planificación en el mundo, es que no se requiere ser actualmente capaz para celebrar un AR, al menos como veremos, no en la acepción funcional del término. Así, dependiendo de la capacidad del agente, existen dos tipos de AR. El primero de ellos, regulado en la Sección 9 de la RAA (“AR9”), llamado a veces “AR con poderes amplios” (*broader powers*)⁶⁴ consiste en un mecanismo de planificación personal valedero para la población adulta que es capaz de “comprender la naturaleza y las consecuencias de sus actos” al tiempo de celebración del acuerdo. A pesar de que este documento ha sido especialmente diseñado para facultar a otros para que decidan acerca de la salud y el cuidado personal del otorgante (no sirve para formalizar apoyos), lo que incluye la autoridad para decidir sobre continuar o terminar con el soporte médico de la propia vida, también puede versar sobre asuntos financieros y comerciales de administración ordinaria.⁶⁵

El segundo y más interesante tipo de AR se encuentra en la Sección 7 de la RAA (“AR7”), también conocido como “AR con poderes estándar” (*standard powers*). Este documento puede ser celebrado, modificado o revocado por personas con “*capacidad disminuida*”, haciendo referencia al estado de su capacidad mental en el momento del acto. Así, conforme lo dispone la RAA en su Sección 8, un adulto podrá suscribir un AR7, “incluso si es incapaz de celebrar un contrato o de administrar su salud y cuidado personal, sus asuntos jurídicos, financieros o comerciales ordinarios.” Antes bien, la capacidad de un individuo para poder ser parte de un AR7 depende de cuatro factores que se basan en su capacidad para comunicar por cualquier medio su voluntad, sus sentimientos, y la relación de confianza que éste mantenga con su eventual representante, junto a la comprensión de lo que implica entablar esta relación. En cuanto a su objeto, con un AR7 puede designarse un apoyo o un decisor sustituto para tomar decisiones acerca del cuidado personal, de asuntos mayores y menores sobre la salud, y sobre cuestiones de administración patrimonial ordinaria.⁶⁶

Cualquiera sea el tipo de AR que se desee ejecutar, las obligaciones que adquiere el *representante* son las mismas. En general, los representantes deberán proceder con honestidad, de buena fe y conforme a derecho. Su principal responsabilidad consiste en asistir a la persona con discapacidad para que ésta pueda adoptar sus propias decisiones. De manera tal que el

⁶⁴ MCCONCHIE (2020), p. 26. Aunque en la RAA aparece como “*non-standard representation agreement*”.

⁶⁵ Si bien esta configuración del AR9 es todavía posible, desde la enmienda general del año 2011, todo lo referido a los asuntos financieros en este documento jurídico se encuentra sujeto a la regulación de los EPOA. En consecuencia, desde el año 2011, el AR9 que contempla tanto cuestiones de salud como patrimoniales es virtualmente una herramienta de naturaleza jurídica mixta. *Representation Agreement Act Regulation BC Reg 199/2001 (2001)*, Sec. Disposición transitoria 44.2.

⁶⁶ *Representation Agreement Act Regulation BC Reg 199/2001 (2001)*, Sec. 2 (1).

rol que adquiere esta figura en la vida de las personas con discapacidad difiere bastante del rol que le correspondería a un tutor o curador, pues el representante, al menos en principio, no es llamado a actuar en el interés superior de la persona. Su trabajo se trata en cambio de asegurarse que la voz de su representado sea oída. Para cumplir con esta labor aquel deberá consultarle acerca de sus deseos, preferencias y creencias, debiendo obedecerlos con fidelidad. Sin embargo, si se trata de un AR7, el representante no estará obligado a seguir los deseos de la persona con discapacidad si cumplir con ellos no fuese razonable y tampoco si consultándolos hasta el límite de lo razonable le resultare imposible conocerlos.

4.3 Salvaguardias para los instrumentos de planificación

La RAA prevé varias salvaguardias dispuestas para ser aplicadas al momento de la celebración y durante todo el tiempo que dure la vigencia de un AR. En primer lugar, por lo que respecta a las *formalidades en la etapa de formalización*, para firmar un AR9 o un AR7 se requiere de la presencia de dos testigos, aunque tratándose de estos últimos, un solo testigo será necesario si el AR7 fuera a ser suscrito por una persona plenamente capaz al momento del acto. En la etapa de su formalización también pueden designarse a uno o más representantes sustitutos (*alternate representatives*) cuya labor será la de suplir al representante principal en caso de que este se vea impedido de proseguir con sus funciones.

En segundo lugar, *el Monitor* es la figura que actúa como salvaguardia con poderes de supervisión sobre las acciones del representante durante la etapa de ejecución del AR. En los AR9 es opcional designar un Monitor, aunque su nombramiento es imperativo si se trata de un AR7 que incorpora el poder para decidir sobre asuntos financieros, a menos que en este último caso, el representante sea el cónyuge del adulto que otorga el acto.⁶⁷ Si el Monitor llegase a considerar que el representante no está dando correcto cumplimiento a sus obligaciones, éste deberá comunicarle esta preocupación al representante, pudiendo en tal caso ordenarle la elaboración de reportes sobre su gestión, con la facultad de presentarlos ante la Oficina del *Public Guardian and Trustee*, si aquel en su examen advirtiere cualquier clase de irregularidades. Frente a este escenario, el último órgano deberá conducir una investigación.

En tercer lugar, en lo que respecta al *Registro de los instrumentos de planificación*, la RAA no establece un registro de carácter público y el resto de la legislación de BC tampoco encarga esta función a ningún órgano público, hecho que ha sido identificado como una falla de implementación de la ley.⁶⁸ La labor de llevar a cabo un registro centralizado de los AR y de los EPOA otorgados ha sido asumida en cambio por un ente proveniente de la sociedad civil, la *Nidus Personal Planning Resource Centre and Registry* (“Nidus”), una organización comunitaria sin fines de lucro establecida en 1995, fruto del esfuerzo mancomunado de las asociaciones de personas con discapacidad de la región. Hoy en día, Nidus es el centro experto en BC sobre la institución de los AR y cumple también funciones de difusión y de educación a la población.⁶⁹

⁶⁷ *Representation Agreement Act, RSBC 1996, c 405, Sec. 12 (1).*

⁶⁸ NIDUS (2011), p. 2.

⁶⁹ NIDUS (2013) p. 2.

4.4 El persistente sistema de sustitución de voluntad en BC

En la medida que el AR7 posee la virtud de servir como una alternativa para aquellas personas con discapacidad que no pueden ejercer su CJ según los estándares de capacidad mental tradicionales, puede afirmarse que estamos efectivamente frente al reconocimiento implícito de que la capacidad para decidir es un derecho que no depende de la “funcionalidad” de una persona.⁷⁰ En este sentido la RAA no solamente consagra instrumentos jurídicos de planificación futura, sino que se ocupa de desarrollar un documento que sirve para designar apoyos en la toma de decisiones para quienes carecen de capacidad para tomar decisiones en la actualidad. Dicha opción se inserta, no obstante, en un régimen general de CJ que sí autoriza formas de incapacitación similares a la interdicción en ciertos casos.⁷¹ En otras palabras, la CJ aún admite prueba en contrario, lo que implica que ante el evento en que una persona cuya capacidad haya sido puesta en duda y ésta no cuente con ninguno de los documentos de planificación señalados, tendrá lugar un mecanismo de decisiones informales, el cual comprende un esquema que es esencialmente análogo al estudiado a propósito de la MCA, aunque restringido en la provincia canadiense solo para el ámbito de las prestaciones de salud. En este sentido, la incapacidad para tomar una decisión singular también puede ser declarada por una persona distinta del juez. A esta persona (elegida por el prestador de salud de entre sus familiares y amigos), conocida como *Temporary Substitute Decision Maker* (“TSDM”),⁷² le corresponderá eventualmente relacionarse con el personal médico a cargo, con el fin de velar por el interés superior de la persona bajo su cuidado.

Fuera de este contexto de salud, o cuando surjan disputas acerca de las decisiones tomadas en él, se contempla un procedimiento judicial sustanciado a petición de parte, del cual conoce la *Supreme Court of British Columbia*,⁷³ en que se designará un curador (*committee*), quien tendrá bajo su custodia ya sea el bienestar personal (*Committee of the Person*) o los asuntos relacionados con la propiedad (*Committee of Estate*) de la persona o bien ambos. Lo normal será que dichas funciones recaigan en sujetos distintos, quienes por lo general serán sus familiares, amigos o cercanos.

Ahora bien, si una persona carece de redes de apoyo, de acuerdo con la *Adult Guardianship Act*, será el *Public Guardian and Trustee* quien, en último término, y luego de la aplicación de un procedimiento administrativo especial que lo habilite, deberá asumir su custodia.⁷⁴ Este órgano es el encargado de supervisar, por otra parte, las acciones de los curadores judicialmente designados.

⁷⁰ KERZNER (2011), p. 39.

⁷¹ Por ejemplo, *Adult Guardianship Act*, RSBC 1996, c 6.

⁷² *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, RSBC 1996, c 181 (1996), Part. 2.

⁷³ *Patients Property Act*, RSBC 1996, c 6. Véase, LAW (2017), pp. 44 y ss.

⁷⁴ PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE OF BRITISH COLUMBIA & MINISTRY OF HEALTH OF BRITISH COLUMBIA (2016).

V. QUEENSLAND (AUSTRALIA)

5.1 El régimen de CJ en Queensland pre-reforma

Las normas sobre CJ en Queensland se inscriben al interior de un ordenamiento jurídico nacional que entrega a cada uno de sus seis estados la competencia para legislar el derecho civil.⁷⁵ Ahora bien, pese a esta aparente dispersión normativa, lo cierto es que en general todo el sistema australiano interjurisdiccional de regulación en torno a la CJ se compone mayoritariamente de una serie de principios orientativos⁷⁶ y de instrumentos de planificación en común,⁷⁷ los que a su vez guardan en muchos aspectos una gran semejanza con la MCA británica, confirmando el rol arquetípico de esta última.⁷⁸ Así, todos los estados australianos presumen de hecho la CJ de las personas con discapacidad, presunción que luego de ser derrotada a través de la aplicación de un test funcional. Ello habilitará a su decisor sustituto a adoptar decisiones sobre un asunto singular y velando por el interés superior de la persona. Aquella posibilidad es entendida como una solución de *ultima ratio*.

En este escenario, el estado de Queensland no representaba ninguna excepción y las leyes que con el paso del tiempo fueron dando lugar al marco normativo de CJ,⁷⁹ confirmaban en su conjunto la vigencia plena de los principios consagrados en la MCA,⁸⁰ incluyendo, aunque esta vez limitada al ámbito de la salud, mecanismos informales para la toma de decisiones. De esta manera, al igual que como se advirtió en los casos de la MCA y el sistema de BC, en Queensland también encontraremos una jerarquía de personas llamadas a sustituir la voluntad de las personas con discapacidad en la toma de sus decisiones singulares. El *Statutory Health Attorney* (quien podrá tratarse del cónyuge, la persona que administra los cuidados u algún otro cercano), estará autorizado para decidir en subsidio de la persona de la manera menos restrictiva posible,⁸¹ únicamente en el evento en que ésta no contase en forma previa ya sea ni con apoderados formalizados, mediante un EPOA o de manera alternativa mediante una *Advance Health Directive* (“AHD”).⁸² Ello procederá si no existen con curadores designados en sede judicial por el *Queensland Civil and Administrative Tribunal* (“QCAT”).⁸³ En aquel orden, el último órgano distinto del juez⁸⁴ llamado a decidir

⁷⁵ HARVEY (2009), pp. 51-58.

⁷⁶ Si bien los esfuerzos por formalizar a nivel nacional esta armonía normativa australiana no han escaseado. A la fecha la propuesta más importante sobre la materia continúa siendo los *National Decision-Making Principles*. Véase, THE AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2014), p. 53 y ss.

⁷⁷ Al respecto resulta indicativo el hecho que la *National Disability Strategy* vigente (en la actualidad en etapa de revisión para la redacción de una nueva) haya sido el primer compromiso en el que todos los estados australianos han estado genuinamente de acuerdo: QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2020a).

⁷⁸ QUEENSLAND FOR INCLUSION (2014), p. 23.

⁷⁹ *Powers of Attorney Act, Qld* (1998); *Guardianship and Administration Act, Qld* (2000); *Public Guardian Act, Qld* (2014); *Mental Health Act, Qld* (2016).

⁸⁰ QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION & QUEENSLAND LAW SOCIETY’S ETHICS CENTRE (2014), pp. 19 y ss.

⁸¹ OFFICE OF THE CHIEF PSYCHIATRIST (2020), p. 9.

⁸² Hay que precisar que a diferencia de lo que ocurre con su documento paralelo en BC, es decir la AD, en Queensland sí es posible designar a un apoderado mediante una AHD.

⁸³ *Queensland Civil and Administrative Tribunal Act, Qld* (2009).

⁸⁴ En la lista de decisores sustitutos también se cuenta el QCAT, pero las hipótesis en que el juez de Queensland es llamado a intervenir directamente en nombre de la persona son bastante excepcionales. Véase: *Guardianship and Administration Act, Qld* (2000) S. 81.

por la persona, debiendo en este caso ser investido por el QCAT, será la Oficina del *Public Guardian*, el cual por otra parte, tiene bajo su cargo la responsabilidad de velar por el respeto de los derechos de la personas con discapacidad, contando para ello entre sus funciones con la facultad de supervisar la acción de sus decisores sustitutos y de presentar solicitudes y reportes al QCAT, considerando siempre el interés superior de las personas en cuestión como su criterio de intervención.⁸⁵

5.2 La reforma de 2019: ¿Un modelo funcional 2.0?

El sistema de sustitución de voluntad descrito ha experimentado importantes transformaciones en los últimos años por la influencia del nuevo régimen de capacidad favorecido por la CDPD y su Comité.⁸⁶ La participación de las organizaciones de personas con discapacidad locales en esta labor por otra parte ha sido fundamental, pudiendo contarse particularmente el esfuerzo de la *Queensland Advocacy for Inclusion* como una de las fuentes principales⁸⁷ en la elaboración del proyecto de reforma presentado en 2017⁸⁸ y promulgado en 2019 con el nombre de *Guardianship and Administration and other Legislation Amendment Act* (“GAA2”).⁸⁹ A esta innovación se suma la también inédita *Human Rights Act* de Queensland del año 2019,⁹⁰ que entró en vigor el 01 de enero de 2020.

Si bien la nueva regulación de CJ en Queensland conserva el régimen de sustitución de voluntad descrito, ella introduce correcciones que la acercan a la legislación de BC. En efecto, lo más significativo de la reforma dice relación con el rol protagónico que ahora adquieren en el proceso de toma de decisiones las opiniones, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad.⁹¹

5.3 Impacto en los documentos de planificación privada

Esta mayor relevancia de los deseos y preferencias personales aparece en la configuración de los nuevos EPOA y AHD,⁹² pues de ahora en adelante los adultos que suscriban estos instrumentos podrán incluir información relevante que sus apoderados obligatoriamente deberán tener en consideración una vez llegado el momento de la decisión. El adulto también podrá nominar a terceros con el solo fin de que se les notifique expresamente cuando esto ocurra. Además, a partir de la entrada en vigencia de la GAA2, los instrumentos de planificación celebrados en los demás territorios australianos y en Nueva Zelanda pasan a cobrar plena validez en el estado de Queensland.

5.4 Impacto en el procedimiento de sustitución de voluntad y el nuevo sistema de decisiones informales

⁸⁵ THE QUEENSLAND LAW HANDBOOK (2016).

⁸⁶ MBA LAWYERS (2020)

⁸⁷ QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2014).

⁸⁸ BURGESS (2017).

⁸⁹ *Guardianship and Administration and Other Legislation Amendment Act, Qld* (2019).

⁹⁰ *Human Rights Act, Qld* (2019).

⁹¹ QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2020b).

⁹² QUEENSLAND GOVERNMENT (2022).

En cuanto al procedimiento judicial de nombramiento de curadores, pasa a ser expresamente una obligación para el QCAT el observar en la mayor medida de lo posible (*to the greatest extent possible*) las creencias, deseos y preferencias expresados o demostrados de cualquier modo por la persona con discapacidad durante el proceso.⁹³

Al momento de decidir sobre su capacidad, ya sea intra o extrajudicialmente, los nuevos lineamientos insisten en que la incapacidad no podrá ser declarada sino hasta que se hayan agotado todos los esfuerzos prácticos para proveer a la persona de todo el apoyo y la información que le sea necesaria para que pueda adoptar la decisión por sí misma. Se refuerza por tanto con esta reforma el deber de *maximizar* la capacidad mental de la persona en cuestión. Con este fin y dando cumplimiento a su mandato legal, el gobierno de Queensland ha emitido una nueva guía para evaluar la capacidad, en armonía con los nuevos principios.⁹⁴

El nuevo sistema de decisiones informales, por otra parte, se aleja de manera considerable de la MCA, dado que los proveedores de servicios de salud o de cuidados de las personas con discapacidad que carecen de apoderados no podrán seguir actuando como sus *Statutory Health Attorneys*, lo que quiere decir que un médico ya no podrá consentir o negarse a un tratamiento en nombre de su paciente. El sistema que la GAA2 establece en cambio, está basado en una clasificación entre decisiones formales e informales dependiendo de su importancia para la persona con discapacidad. Así, la regla general es que la sustitución de su voluntad en materias de salud y de contenido patrimonial requerirán de un decisor sustituto formalizado.

Por último, con esta reforma se robustece el rol protector del *Public Guardian*. La GAA2 otorga expresamente al QCAT la facultad de remover a este órgano de su calidad de curador subsidiario de la persona con discapacidad cuando aparezca una persona perteneciente a su red de apoyo que sea más apropiada para ejercer el cargo. En cuanto a sus facultades para investigar posibles abusos de los decisores sustitutos, éstas ahora podrán ejercerse incluso después de la muerte de la persona, asegurándosele, por otra parte, una mayor confidencialidad a quienes denuncien estas infracciones.

VI. CONCLUSIONES

Comenzando por Inglaterra y Gales, nuestro análisis acerca del tratamiento de la CJ en las jurisdicciones del *Common Law* ha intentado mostrar la imagen de un sistema que resulta bastante más complejo y desarrollado que aquello que pudiera parecernos en principio si nos aproximásemos a él tan solo a partir de la opinión de sus detractores o desde sus características más generales. En este sentido parece un tanto apresurada la crítica a la MCA que señala que la aplicación del test de funcionalidad produciría consecuencias que son virtualmente idénticas a aquellas que resultarían de la aplicación del enfoque basado en el estatus.⁹⁵ Este último modelo clasifica a las personas de un modo permanente y general como capaces o no de tomar sus propias decisiones fundamentándose tan solamente en un diagnóstico médico. Si bien la MCA dista mucho de ser inmune a objeciones, el anclaje de su interpretación en cinco principios prácticos orientados a preservar e incluso a aumentar la

⁹³ QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2020b), p. 2.

⁹⁴ *Queensland Capacity Assessment Guidelines* (2020).

⁹⁵ Cft. ARSTEIN-KERSLAKE (2017), p. 87.

capacidad de la persona en cuestión, junto a la insistencia legal en que la eventual declaración de incapacidad es relativa a una decisión determinada a un tiempo específico, permite evitar comparaciones odiosas con el modelo del estatus y de paso también, con el modelo basado en el resultado (ya que conforme a la MCA las malas decisiones siguen siendo decisiones). Sin embargo, el cuarto de estos principios ordena que cuando haya que decidir en sustitución de la voluntad de otro que no ha podido pasar con éxito el test de funcionalidad, habrá que decidir en consideración de su interés superior, paradigma se opone a la primacía de la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad que la CDPD recomienda observar. Lo anterior es especialmente preocupante si tomamos en cuenta que, en Inglaterra y Gales, este interés superior puede incluso llegar a justificar a que se vea restringida su libertad ambulatoria en contra de la voluntad de la persona. Asimismo, la incorporación del test diagnóstico puede ser considerada como un indicio de cierta mantención de elementos del modelo de estatus en la MCA, observación que ha llevado a ciertas jurisdicciones como Irlanda del Norte, a prescindir de este elemento.

Los deseos y preferencias de las personas con discapacidad cobran en cambio un mayor reconocimiento en el régimen de capacidad de Columbia Británica, hecho que se ve reflejado principalmente en la especial configuración de uno de los formatos (AR7) del instrumento denominado “Acuerdo de Representación”, para el cual se consagra un concepto de CJ distinto de aquel exigido para celebrar todos los demás actos jurídicos en esta provincia. Aquel no se basa en el test funcional de capacidad sino que en él se privilegian las relaciones de confianza y la red de cuidados de la persona. De esta manera, mientras que, por un lado, mediante este documento una persona puede formalizar en forma autónoma una relación en la que podrá ser apoyada para la adopción de sus propias decisiones, no se excluye la hipótesis de que su voluntad pueda ser de todos modos desplazada. Esto hace del régimen de CJ en BC uno de los más progresistas del mundo, aunque paradójicamente conserve un modelo de incapacitación vigente.

Queensland, por último, luego de la última reforma implementada ha logrado ubicarse entre la MCA y el modelo canadiense. Esto pues en el nuevo sistema hay instancias de decisión en que el criterio del interés superior deberá ceder frente a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, directrices que deberán ser observadas tanto por los decisores sustitutos en el ejercicio de sus funciones como por el juez en su sentencia y el *Public Guardian* en sus funciones de salvaguardia. También se le otorga mayor reconocimiento a la idea de que la capacidad mental puede ser “aumentada” si se recibe el apoyo adecuado y la reforma consagra consecuentemente el deber de apoyo.

Una vez analizados los tres ordenamientos, su adscripción a una tradición jurídica en común se percibe de forma manifiesta a través de estructuras normativas que se repiten para regular la incapacidad. En ellas, la evaluación de la capacidad del individuo para adoptar decisiones considerando la habilidad de la persona para comprender la naturaleza y las consecuencias de sus actos, pero restringiendo los efectos de dicha evaluación a actos singularizados, y conservando la capacidad de adoptar otras decisiones.

En todas las jurisdicciones revisadas es posible constatar el establecimiento de un orden de prelación de aquellos llamados a sustituir la voluntad de la persona. El primero de ellos será el apoderado designado por la misma persona con discapacidad cuando esta era capaz (también aun cuando no lo fuera si estamos en BC). Por lo general, estas herramientas de previsión admiten varias configuraciones. Esto permite a las personas contar con diferentes

opciones para la construcción de su propia red de apoyos, arreglo que posee la virtud de fomentar su autodeterminación, además de que les empodera, evitando que los tribunales nombren a alguna tercera persona para que actúe por ellas. Es por esta razón que los curadores instituidos judicialmente representan figuras subsidiarias en esta jerarquía de decisores sustitutos.

Por supuesto, como lo hemos comentado, los avances que se señalan no logran eximir de críticas al modelo funcional. La aplicación del test funcional supone de hecho un umbral de comprensión mínimo, el cual de no ser superado por la persona, actuará como causa para su incapacitación. Lo anterior implica que por debajo de este umbral, la voluntad y las preferencias de las personas sólo podrán ser consideradas como razones para los decisores sustitutos. La cognición persiste de este modo atada al reconocimiento pleno de la autonomía personal.

A esto se añade la sospecha acerca de la supuesta aptitud que tendría la ciencia médica para determinar con seguridad el grado de cognición del que es capaz una persona.⁹⁶ Incluso si pudiésemos determinarla con certeza, aún cabría responder, como el Comité, que el nivel de cognición de una persona no es un criterio aceptable para negarle a alguien la posibilidad de decidir sobre sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. En este sentido, el enfoque funcional, contrario a sus pretensiones, no conseguiría sortear de modo satisfactorio los reproches que lo acusan de ser discriminatorio, especialmente, en referencia al test de diagnóstico, debido que en la práctica, su aplicación impactaría con enorme desproporción en las personas con discapacidad.⁹⁷ Dicho de otro modo, a través del modelo funcional, se le impone a la personas con discapacidad la carga de someterse a una prueba de sus habilidades para adoptar decisiones, en circunstancias de que este test no le es exigido normalmente a los demás. Ello supone en sí mismo un trato desigual ante la ley que se encontraría proscrito por el Artículo 12 CDPD.⁹⁸

El modelo funcional estaría basado todavía en una concepción medicalizada de la discapacidad, aunque consagre más garantías para las personas con discapacidad y la sustitución de voluntad sea subsidiaria y episódica. El problema más específico con la aplicación del test de funcionalidad, no radicaría de hecho en su existencia, sino que en la finalidad que se le adscribe, pues bien podría haber, una evaluación que esté destinada a averiguar la intensidad de los apoyos que en concreto necesitará una persona para el ejercicio de su capacidad, en vez de ir destinada a una restricción de la autonomía. De esta manera, en la tarea de diseñar un procedimiento de valoración de apoyos, tal vez puedan resultar útiles algunos de los parámetros que a propósito del test de funcionalidad aquí se han estudiado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

39 ESSEX CHAMBERS (2022). *COP Cases Archive*, in: https://www.39essex.com/cop_cases/

⁹⁶ ARSTEIN-KERSLAKE (2017), p. 70 y ss.

⁹⁷ BACH (2012), p. 67.

⁹⁸ ARSTEIN-KERSLAKE (2017), p. 90.

- AMEY, Paola & Fernández, Ana Cristina (2019). “Los derechos humanos de las personas con discapacidad, desde la perspectiva de la Ley para la Promoción de la Autonomía Personal número 9379 y su reglamento”, *Revista de la Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia*, (16):23-32.
- ARSTEIN-KERSLAKE, Anna & FLYNN, Eilionóir (2016). “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law”, *The International Journal of Human Rights* 20 (4):471–90.
- ARSTEIN-KERSLAKE, Anna (2017). *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities*. (Cambridge University Press).
- BACH, Michael (2012). “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”, in Palacios, Agustina, et al. (edit.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (Buenos Aires, EDIAR) pp. 55–107.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo I*. (Editorial Jurídica de Chile).
- BEIRCE, Ambrose (2000). *The Unabridged Devil's Dictionary* (University of Georgia Press).
- BREGALIO, Renata & CONSTANTINO, Renato (2022). “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Ius Et Veritas*, (64): 156-176.
- BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE (2013). “Report on Common-Law Tests of Capacity”, *BCLI Report N° 73*
- BOGG, Daisy & CHAMBERLAIN, Steve (2015). *Mental Capacity Act 2005 in Practice Learning Materials for Adult Social Workers* (Department of Health, UK)
- BURGESS, Mary (2017). “Guardianship and Administration and Other Legislation Amendment Bill 2017”, *Legal Affairs and Community Safety Committee*.
- CAMPS, Victoria (2021). *Tiempo de cuidados, Otra forma de estar en el mundo*, (Arpa).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014). Observación General N°1. CRPD/C/GC/1.
- CONSTANTINO, Renato (2020). "The Flag of Imagination: Peru's New Reform on Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psycho-social Disabilities and the Need for New Understandings in Private Law", *The Age of Human Rights Journal*. (14):155-80.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE (2021). “Letter from DHSC to Liberty Protection Safeguards (LPS) national steering group members” *Correspondence*. UK Government, in: <https://www.gov.uk/government/publications/liberty-protection-safeguards-delay-to-implementation/letter-from-dhsc-to-liberty-protection-safeguards-lps-national-steering-group-members>

- DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE (2020). “Written statement: Implementation of Liberty Protection Safeguards” (*Statement UIN HCWS377*). UK Government, in: <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2020-07-16/HCWS377>
- DUCCI, Carlos (2015). *Derecho Civil, Parte General*, (Editorial Jurídica de Chile).
- GHEORGHE, Georgiana (2010). “Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities (UNCRPD), Research on Models of Supported Decision Making”, *Resource Center for People with Mental Disabilities, Zēlda*, Latvia.
- GOODING, Piers (2015). “Navigating the “Flashing Amber Lights” of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns”, *Human Rights Law Review*. 15(1):45–71.
- HARVEY, Callie (2009). *Foundations of Australian Law (Third edition)*, (Tilde Publishing and Distribution)
- HERNÁNDEZ RAMOS, Sergio (2020). “Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 de 2019”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*. 4:23.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (Ás) (2022). “Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho* (33):14–51.
- ISAZA, Federico (2021). “La Ley 1996 de 2019: una aproximación general a la reforma derivada del artículo 12 de la CDPD en Colombia”, en *A Convenção Sobre Os Direitos Da Pessoa Com Deficiência Em Aplicação Na America Latina e Seus Impactos No Direito Civil* (Sao Paulo, Foco ed.).
- JAMES, Stephen (2012). *Mental Capacity Act Policy and Procedures*, Manchester Safeguarding Adults Board.
- JARUFE, Daniela (2022). “La capacidad de ejercicio: Un análisis crítico de las normas del Código Civil y la necesidad de su modernización, más allá de la interpretación del Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista chilena de derecho privado*, (38): 9-61.
- KERZNER, Lana (2011). “Paving the way to Full Realization of the CRPD’s Rights to Legal Capacity and Supported Decision-Making: A Canadian Perspective”, en *From the Margins: New Foundations for Personhood and Legal Capacity in the 21st Century*, University of British Columbia, Canada, April 2011.
- KONG, Camilla (2017). *Mental Capacity in Relationship: Decision-Making, Dialogue, and Autonomy* (Cambridge University Press).
- LATHROP, Fabiola (2022). “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho chileno”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (17): 230-259.

- LAW, Karina (ed.) (2017). “Chapter Fifteen: Adult Guardianship and Substitute Decision-Making”, *British Columbia Law Institute*.
- MARSHALL, Pablo; VÁSQUEZ, Paula; PURÁN, Violeta & GODOY, Loreto (2023). “Are we closing the gap? Reforms to legal capacity in Latin America in the light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 54(1) forthcoming.
- MARSHALL, Pablo (2020). “State of the reform of legal capacity in Chile”, *International Journal of Mental Health and Capacity Law*. 27:58–94.
- MARSHALL, Pablo (2020). “El ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile. Derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, *International Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 247:45-81.
- MARTINEZ-PUJALTE, Antonio (2019). “Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms”, *Laws* 8(1):4.
- MBA LAWYERS (2020). “Significant changes affecting Queensland guardianship laws”, in: <https://mba-lawyers.com.au/significant-changes-affecting-queensland-guardianship-laws/>
- MCCONCHIE, Katie (ed.) (2020). *Professional Legal Training Course 2020 Practice Material: Wills* (The Law Society of British Columbia).
- NATIONAL INSTITUTE FOR HEALTH AND CARE EXCELLENCE (2018). *Decision-making and mental capacity NICE Guideline [NG108]*, (NICE).
- NIDUS PERSONAL PLANNING RESOURCE CENTRE AND REGISTRY (2011). “Representation Agreement Overview”, in: <https://www.familycaregiversbc.ca/wp-content/uploads/2012/12/Representation-Agreements-Overview.pdf>
- NIDUS PERSONAL PLANNING RESOURCE CENTRE AND REGISTRY (2012) “The Representation Agreement Act British Columbia”, in: http://www.nidus.ca/PDFs/Nidus_Presentation_Intl_Accessibility_Summit_2012.pdf
- NIDUS PERSONAL PLANNING RESOURCE CENTRE AND REGISTRY (2013) “Access to Information and Representation Agreements”, in: http://www.nidus.ca/PDFs/Nidus_Info_Access_to_Info_RA.pdf
- OFFICE OF THE CHIEF PSYCHIATRIST (2020). *Treatment criteria, capacity assessment, less restrictive way and advance health directives, Mental Health Act 2016* (Queensland Health).
- OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN (2009). *Making decisions A guide for advice workers. The Mental Capacity Act. Helping people who are unable to make some decisions for themselves [OPG604]*, Office of the Public Guardian.

- PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE OF BRITISH COLUMBIA, MINISTRY OF HEALTH OF BRITISH COLUMBIA (2016). *A Guide to the Certificate of Incapability Process under the Adult Guardianship Act* (Certificate of Incapability Process Working Group)
- QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION & QUEENSLAND LAW SOCIETY'S ETHICS CENTRE (2014) *Queensland Handbook for Practitioners on Legal Capacity* (Allens Linklaters).
- QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2014) "Decisions About My Life? The Choice Should be Mine QAI's Position Statement on Supported Decision-Making", in: <https://www.aph.gov.au/DocumentStore.ashx?id=792a9fee-76ce-4556-ac0e-0f9b7abfb0af>
- QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2020a) "National Disability Strategy - QAI Submission to the Department of Social Services", in: <https://qai.org.au/wp-content/uploads/2021/04/National-Disability-Strategy-to-DSS-Oct-2020.pdf>
- QUEENSLAND ADVOCACY FOR INCLUSION (2020b) "Fact Sheet: Guardianship law reforms 2020", in: <https://qai.org.au/wp-content/uploads/2021/04/Guardianship-law-reforms-factsheet.pdf>
- QUEENSLAND GOVERNMENT (2022). *Power of attorney and advance health directive forms*. Publications, in: www.publications.qld.gov.au
- QUINN, Gerard & ARSTEIN-KERSLAKE, Anna (2012). "Restoring the 'human' in 'human rights': personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention", in Gearty, C; Douzinas (eds.) *The Cambridge Companion to Human Rights Law*, (Cambridge University Press) pp. 36–55.
- QUINN, Gerard (2010). "Personhood & legal capacity: perspectives on the paradigm shift of Article 12 CRPD", *HPOD Conference, Harvard Law School, Cambridge, MA, USA*, February 20th, 2010.
- RUCK-KEENE, Alex, & AUCKLAND, Cressida (2015). "More presumptions please? Wishes, feelings and best interests decision-making", *Elder Law Journal*, pp. 293-301.
- SERIES, Lucy & NILSSON, Anna (2018). "Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law", in Bantekas, I, Stein, MA; Anastasiou, D (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Oxford University Press).
- SOCIAL CARE INSTITUTE FOR EXCELLENCE (SCIE) (2020a). "Deprivation of Liberty Safeguards at a glance", (SCIE) in www.scie.org.uk
- SOCIAL CARE INSTITUTE FOR EXCELLENCE (SCIE) (2020b). "Liberty Protection Safeguards (LPS)", (SCIE) in www.scie.org.uk
- STEVENS, Emma & HEBBLEWHITE, Gillian (2014). "Empowering adults under the Mental Capacity Act", *Learning Disability Practice*. 17(8):16–20.

THE AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (2014). “Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws, Discussion Paper”, (DP 81), *Commonwealth of Australia*.

THE LAW COMMISSION (1995) “Mental Incapacity; Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults”, *Law Com 231*.

THE LAW COMMISSION (2017) “Mental Capacity and Deprivation of Liberty”, *Law Com No 372*.

THE QUEENSLAND LAW HANDBOOK (2016) *Laws Relating to Individual Decision Making*, (Caxton Legal Centre Inc.).

WILLNER, Paul; JENKINS, Rosemary; REES, Paul; GRIFFITHS, Vanesa. J., & JOHN, Elinor (2011). “Knowledge of mental capacity issues in community teams for adults with learning disabilities”, *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 24, (2):159-171.

ZUSCAK, Simon; COYLE, Ian; KEYZER, Patrick & MACHIN, M. Anthony (2019). “The marriage of psychology and law: testamentary capacity”, *Psychiatry Psychol Law*, 26(4): 614-643.

NORMAS CITADAS

United Nations:

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, (2006). United Nations, Treaty Series, vol. 2515.

Chile:

Código Civil (1857), Congreso Nacional de Chile.

Ley N°18.600 que establece normas sobre deficientes mentales (1987), Congreso Nacional de Chile.

Ley N°20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (2010), Congreso Nacional de Chile.

United Kingdom:

Care Standards Act (2000), Parliament of the United Kingdom.

Mental Capacity Act (2005), Parliament of the United Kingdom.

Mental Capacity Act 2005: Code of Practice (2007), Department of Constitutional Affairs.

The Mental Capacity Act 2005 (Independent Mental Capacity Advocates) (General) Regulations (2016), Department of Health and Social Care.

Mental Capacity Amendment Act (2019), Parliament of the United Kingdom.

British Columbia, Canada

Representation Agreement Act, RSBC 1996, c 405 (1996), Legislative Assembly of British Columbia.

Adult Guardianship Act, RSBC 1996, c 6 (1996), Legislative Assembly of British Columbia.

Power of Attorney Act RSBC 1996, c. 370 (1996), Legislative Assembly of British Columbia.

Public Guardian and Trustee Act RSBC 1996, c. 383 (1996), Legislative Assembly of British Columbia.

Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, RSBC 1996, c 181 (1999), Legislative Assembly of British Columbia.

Patients Property Act RSBC 1996, c. 349 (1996), Legislative Assembly of British Columbia.

Representation Agreement Act Regulation BC Reg 199/2001 (2001), The Lieutenant Governor in Council, British Columbia.

Queensland, Australia

Powers of Attorney Act, Qld (1998), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Guardianship and Administration Act, Qld (2000), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Queensland Civil and Administrative Tribunal Act, Qld (2009), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Public Guardian Act, Qld (2014), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Mental Health Act, Qld (2016), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Guardianship and Administration and Other Legislation Amendment Act, Qld (2019), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Human Rights Act, Qld (2019), Parliamentary Counsel of the State of Queensland.

Queensland Capacity Assessment Guidelines (2020), Department of Justice and Attorney-General, State of Queensland.