

CAPÍTULO 5

Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica

Nicolás Espejo Yaksic*

* Abogado y doctor en Derecho; investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden y miembro correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge.

SUMARIO: I. Introducción; II. Persona; III. Vulnerabilidad; IV. Capacidad Jurídica; V. Conclusiones.

To love, to derive joy from life, to learn the wonder of being: these are, I offer, the apotheosis of a good life, one that everyone can achieve –and that, perhaps, even a philosopher can appreciate.¹

I. Introducción

El igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial constituye una materia cuya relevancia normativa en el campo de la filosofía política y moral, así como en el de la dogmática jurídica, resulta marginal, no especialmente relevante. Quizás esto se deba, en parte, a que tanto la filosofía política o moral de raigambre liberal, como el derecho construido en torno a esta, han solido prescindir de la incómoda presencia de la vulnerabilidad y la dependencia, así como de la función capital que desempeñan las relaciones interpersonales para el ejercicio de la autonomía individual. Así, mientras dichas categorías parecen quedar "relegadas" a campos precisos —y más bien marginales o secundarios en el gran escenario de la dogmática jurídica, como el del derecho de familia o el derecho laboral—, el

¹ Kittay, E. F., *Learning from My Daughter. The Value and Care of Disabled Minds*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, p. 54.

derecho privado habita un espacio de, a lo menos, tensión con ellas. Así, mientras se abren debates dogmáticos y se crean nuevos marcos normativos que dinamizan la relación entre derecho privado y derechos fundamentales —por ejemplo, en materia de no discriminación, privacidad o acceso a la información—, se mantienen vivas e incuestionadas otras instituciones jurídicas. Tal es el caso de la capacidad jurídica.

Mi impresión, sin embargo, es que el estudio de la capacidad jurídica —y, especialmente, aquella concepción específica sobre esta que es desarrollada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)— no es un asunto marginal, de "nicho". El modelo de igual reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas —así como el establecimiento de un sistema de apoyo a la toma de decisiones, incluidas las necesarias salvaguardias para su ejercicio— no es un "caso irrelevante" para las teorías de la justicia ni para el derecho. Es, más bien, un *caso difícil*: un caso que desafía sus dogmas normativos y jurídicos. Como tal, el estudio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial nos puede permitir mejorar la filosofía y el derecho. No menos importantemente, una mejor comprensión de la idea de capacidad jurídica nos puede ayudar a *reconstruir* nuestra concepción de la justicia y las instituciones legales derivadas de ella, de una forma que sea pertinente, también, para personas concretas y cuyas vidas humanas merecen igual respeto y consideración.

Este trabajo es un intento exploratorio y general por localizar el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica y los sistemas de apoyos a la toma de decisiones, con base en determinados supuestos específicos sobre la persona humana, las capacidades y la vulnerabilidad. Tales supuestos —o enfoques— permiten concebir la idea de autonomía personal en términos "relacionales". Y desde ahí, entender el papel central que desempeñan la eliminación de barreras legales para el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con una discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, por un lado, así como el diseño

e implementación de un sistema de apoyos a la toma de decisiones, con salvaguardias que protejan frente a los abusos, por el otro.

II. Persona

Nuestra concepción de *persona* afecta profundamente los tipos de derechos morales y legales que, como consecuencia de tal concepción, reconocemos a los seres humanos.² Dicha concepción de persona —al menos respecto de adultos— parece fundarse en ciertas características morales y mentales esenciales: nuestra independencia, nuestra capacidad para formular juicios racionales completos y nuestra autonomía moral.³ Este supuesto fundamental de la teoría de los derechos, fuertemente presente en la teoría política contractual clásica y moderna, presupone un elevado grado de racionalidad de parte de quienes participan de la negociación de los términos fundamentales de la justicia política. La idea dominante del contractualismo es que los principios de justicia son autoescogidos por actores racionales, independientes y física y mentalmente capaces. Estos sujetos, que contratan entre ellos para la cooperación social, lo hacen bien desde una perspectiva de mutuo autointerés⁴ o bien desde el respeto de dichos contratantes como fines en sí mismos.⁵

Así, por ejemplo, la *justicia como equidad* presupone una cierta concepción de la persona según la cual los agentes morales son independientes de sus intereses, atributos y preferencias particulares, capaces de distanciarse de ellos para revisarlos, valorarlos y modificarlos.⁶ Pero esta concepción política de la justicia exhibe dos limitaciones importantes. La primera es suponer que los individuos que forman parte de las definiciones sobre

² Cf. Espejo Yaksic, N., "Introducción: Persona, Autonomía y Capacidad", en N. Espejo Yaksic y F. Lathrop Gómez (coords. y eds.), *Discapacidad Intelectual y Derecho*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2019, pp. 1-21.

³ Cf. Sevenhuijsen, S., "Too Good to be True?", en *Focaal*, vol. 34, 1999, p. 207.

⁴ V. Gauthier, D., *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

⁵ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

⁶ Cf. *ibid.*, p. 561.

la justicia —y los derechos fundamentales que se derivan de esta— son más o menos iguales en poderes y capacidades. La segunda es que la idea del beneficio mutuo para optar por la cooperación presupone que las personas definen los términos de la justicia en la medida en que esperan obtener algo de ella.

Esa imagen de la cooperación va ligada a un supuesto basal: que las personas poseen unas capacidades productivas "normales". Como se pregunta Rawls: "¿Cuál es la concepción más apropiada de justicia para especificar los términos de la cooperación social entre ciudadanos considerados como libres e iguales, y como *normales* y miembros *plenamente cooperantes* a lo largo de una vida completa?"⁷

Como resulta fácil de advertir, esta forma de plantear el problema de la justicia torna dicha empresa normativa en una cuestión pertinente para *cierto tipo* de personas: personas racionales y razonables, que tienen la capacidad de revisar y alterar su propia concepción de la vida buena, si es que así lo desean. Y es que, como precisa el mismo Rawls, mientras los ciudadanos no tienen las mismas (iguales) capacidades: "ellos sí tienen, al menos en un grado esencial mínimo, las capacidades morales, *intelectuales* y físicas que les permiten *cooperar completamente* como miembros de la sociedad durante toda su vida".⁸

El resultado de esta operación teórica es que quienes no se acomodan a esa concepción de persona no se cuentan entre las personas para las cuales —y en reciprocidad con las cuales— se estructuran las instituciones básicas de la sociedad. Al concebir la idea de persona de esta forma, simplemente se omite de la discusión respecto de las elecciones políticas básicas a aquellas necesidades y dependencias que los seres humanos

⁷ Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1996 p. 20. El énfasis es mío.

⁸ *Ibid.*, pp. 20, 21 y 183. El énfasis es mío.

pueden experimentar, tanto física como mentalmente, de forma temporal o permanente.⁹

En otras palabras, la exclusión de las personas con discapacidad física o intelectual de la teoría contractual resulta de un *requisito de homogeneidad*: solo determinadas personas, que comparten más o menos las mismas capacidades, son competentes para formar parte en el contrato social.¹⁰ De esta forma, las propiedades necesarias para formar parte del proceso de negociación del contrato social que determinará las reglas que gobiernen los acuerdos sociales resultan, a su vez, influenciadas por el grupo social dominante. En otras palabras, estas exigencias de homogeneidad cuestionan la legitimidad de ciertas personas como "legítimos participantes", desvían la atención de las ideas y experiencias propias de estos sujetos y atenúan el valor de lograr acuerdos mutuos con ellos.¹¹

1. Capacidades

Para que una teoría de la justicia y los derechos sea pertinente para las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, esta debe garantizar dos principios fundamentales y concurrentes: a) un trato igualitario —respeto—, que reconozca su inalienable capacidad para ejercer sus derechos y acceder a las mismas oportunidades que habilitan el diseño de una vida que pueda ser llamada "propia", y b) el acceso a una red de apoyos permanentes —y cuidados, en aquellos casos en que sea necesario— que les permitan conseguir el nivel de vida que desean y sirvan de soporte para la toma de sus decisiones personales. Mientras la idea y el rol de los apoyos —y cuidados— para el ejercicio de la autonomía personal serán precisados más adelante en este texto, me interesa aquí detenerme en el primero de estos dos principios: el igual respeto del desarrollo de

⁹ V. Nussbaum, M. C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England, 2006.

¹⁰ Francis, L. y Silvers, A., "Justice through Trust: Disability and the 'Outlier Problem' in Social Contract Theory", en *Ethics*, vol. 116, núm. 1, 2005, p. 46.

¹¹ Cf. *ibid.*, p. 41.

una vida propia, con independencia de que una persona se encuentre en situación de discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial.

El reconocimiento y la promoción de la habilidad de todo ser humano para "florecer", esto es, vivir una vida plena, sean cuales sean las circunstancias sociales, culturales, económicas, ambientales, físicas, intelectuales, cognitivas o psicosociales en las que se encuentre, es un fin en sí mismo. Sin embargo, una concepción excluyente de persona como supuesto ontológico de la construcción de una teoría de la justicia y los derechos afecta la posibilidad de contar con una teoría de justicia efectivamente "universal". Una mejor manera de buscar solución a este problema puede ser entender la idea de persona en relación con la dignidad humana, y esta última, en correspondencia con las *capacidades*: las circunstancias propicias en las que ciertas habilidades nos predisponen a lo que queremos, las cuales dependen no solo de las gestiones que realice el individuo como agente de su propio destino, sino también de las relaciones en las que desarrolla su vida.¹²

El enfoque de las capacidades argumenta que las cuestiones de justicia no deben resolverse considerando los bienes o recursos que poseen las personas, sino "lo que la gente es realmente capaz de hacer y de ser".¹³ En otras palabras, la justicia requiere más que dar a las personas una cantidad igual de bienes o recursos; requiere dar a las personas las mismas capacidades para *funcionar* de ciertas maneras humanas clave y preguntar qué necesitan ellas para vivir una vida que sea "merecedora de la dignidad del ser humano".¹⁴ En este orden de ideas, el que alguien tenga la capacidad de lograr cierto hacer o ser depende de los llamados "factores de conversión": el grado en que una persona puede transformar un

¹² Nussbaum, M. C., "Aristotle on Human Nature and the Foundations of Ethics", en J. E. G. Altham y Ross Harrison (eds.), en *World Mind, and Ethics: Essays on the Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 86-131.

¹³ Nussbaum, M. C., *Frontiers of Justice... cit.*, p. 70.

¹⁴ *Id.*

recurso en un funcionamiento.¹⁵ Por ello, en la medida en que los gobiernos o sociedades no garantizan a sus miembros un nivel mínimo de *capacidad para funcionar* en ciertas áreas básicas, dichos gobiernos y sociedades son injustos.

Este enfoque sobre la justicia y las capacidades genera consecuencias directas —y profundas— respecto de las personas con discapacidades intelectuales, cognitivas o psicosociales. Como sugiere Michael Bach en esta misma obra, en la medida en que una persona tiene un contexto social y relaciones valiosas que respetan las expresiones intencionales y deliberadas de una persona como la base de la toma de sus decisiones —y que facilitan los bienes y servicios necesarios para la toma de dichas decisiones—, esa persona tendrá las posibilidades sociales para ejercer poder sobre su propia vida. La idea misma de "apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica" se orienta a facilitar una mejor comprensión del papel que desempeñan personas distintas al agente individual de una determinada decisión, en el proceso mismo de decidir. Es a través de tales apoyos que una persona transforma un bien abstracto —como el igual derecho a la capacidad jurídica— en un funcionamiento concreto —la toma de decisiones—.

2. Discapacidades severas

Mientras un enfoque basado en las capacidades parece conectar de forma bastante clara con la idea de "apoyos a la toma de decisiones", también es cierto que dicho acercamiento posee desafíos específicos tratándose de personas con algún tipo de discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial severa.¹⁶ Y es que, a pesar de la existencia de cuidados a su favor, una persona con una discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial

¹⁵ Sen, Amartya, *Inequality Re-examined*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 19-21, 26-30 y 37-38.

¹⁶ Sobre las discapacidades severas y las teorías de la justicia, V, en particular, el interesante trabajo de Beaudry, J. S., *The Disabled Contract. Severe Intellectual Disability, Justice and Morality*, Cambridge University Press, 2021.

severa no conseguirá nunca *el mismo nivel* de "florecimiento humano" o "funcionamientos" —capacidad real— que el de la mayoría de la población. A diferencia de la mayoría de nosotros, una persona con una discapacidad severa no participará de la vida política en plenitud, no formará voluntariamente una familia propia, no leerá ni escribirá, no podrá dedicar su vida al cultivo de las artes ni participará en debates morales o éticos. Sin embargo, esta no es razón suficiente para abandonar nuestra posición. A pesar de dichas restricciones, la vida de una persona con una discapacidad severa es, también, una *vida humana*. En particular, la vida de estas personas puede ser también "ricamente humana y estar llena de dignidad".¹⁷ En otras palabras, del hecho de que una persona no sea apta de ejercer —por sí sola— una o varias capacidades no se sigue que dicha persona no pueda, también, "florecer" o vivir una vida verdaderamente humana.¹⁸

En este orden de ideas, el cuidado —*care*— ejercido en relación con una persona con alguna discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial severa puede ser entendido como una herramienta que no solo facilita la satisfacción de necesidades básicas, tales como alimentarse, vestirse o recibir un tratamiento médico. En un sentido normativo pleno, el cuidado se orienta hacia la promoción de la habilidad individual para florecer como ser humano. Y es dicha concepción de la persona humana la que guía al cuidador, quien, en una dialéctica entre dignidad y cuidado, hace que el cuidado confiera y reconozca, a la vez, la dignidad del otro.¹⁹ Es decir, no hay cuidado sin *respeto* y este implica aceptar que aquello que la mayoría podría querer en un determinado caso no es necesariamente aquello que un sujeto considerado en su particularidad querrá para sí mismo.²⁰ Por

¹⁷ Kittay, E. F., "Equality, Dignity and Disability", en M. Lyons, y F. Waldron (eds), *Perspectives on Equality*, Liffey Press, Dublin, 2005, p. 95.

¹⁸ Sobre la precisión de esta cuestión en el contexto de la teoría objetiva de las capacidades humanas de Martha Nussbaum, *cf.*, Nussbaum, M., "Human Dignity and Political Entitlements", en *The President's Council on Bioethics*, Washington, DC., 2008.

¹⁹ Kittay, E. F., *Learning from my daughter... cit.*, p. 23.

²⁰ *Cf.* Herring, J., *Caring and the Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 18.

ello, si los cuidadores de una persona con altos niveles de dependencia adoptan la autonomía como una construcción relacional —a través de una actitud abierta, activa y reflexiva— y tienen más acceso al conocimiento sobre la comunicación y cómo identificar las necesidades de cuidado, ello conducirá a una mejor identificación de las expectativas por autonomía de la persona cuidada.²¹

Lo dicho anteriormente posee un correlato claro en materia de capacidad jurídica. Cuando la voluntad de una persona con alguna discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial severa se externaliza por medio de otra persona —quien actúa "en su nombre"—, dicha externalización puede operar de dos formas. Por un lado, puede llevarse a cabo de una forma "tutelar", es decir, actuando según lo que se estime que opera a favor del bienestar de la persona sustituida en su voluntad. Es lo que ocurre, generalmente, en el sistema tradicional de la interdicción civil de una persona, con las negativas consecuencias asociadas a dicha institución legal.²² Por otro lado, sin embargo, dicho apoyo puede ser llevado a cabo de forma que tal que se respete la dignidad de la persona con discapacidad. Y ello se manifiesta concretamente a través del mandato de actuar con base en la "mejor interpretación de la voluntad y las preferencias"²³ de la persona con una discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial severa.²⁴

²¹ Stefánsdóttir, G., *et al.*, "Autonomy and People with Intellectual Disabilities Who Require More Intensive Support", en *Scandinavian Journal of Disability Research*, vol. 20, núm. 1, 2018, pp. 162-171; Bekkema, N.; De Veer, A. J. E.; Hertogh, C. M. P. M.; y Francke, A. L., "Respecting autonomy in the end-of-life care of people with intellectual disabilities: a qualitative multiple-case study", en *Journal of Intellectual Disability Research*, vol. 58, núm. 4, 2014, pp. 368-380.

²² *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos —CEDH—, *Salontaji-Drobnjak vs. Serbia*, Application N° 36500/06, judgment of 13 October 2009, párr. 144; *X & Y vs. Croatia*, Application N° 5193/09, judgment of 3 November 2011, párr. 84 y; *D. D. vs. Lithuania*, Application N° 13469/06, judgment of 14 February 2012; y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México —SCJN—, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019, párr. 34.

²³ Carney, T., Then, S., Bigby, C., Wiesel, I., Douglas, J. y Smith, E., "Realising 'will, preferences and rights': reconciling differences on best practice support for decision-making?", en *Griffith Law Review*, vol. 28, núm. 4, 2019, pp. 357-379.

²⁴ Tómese en cuenta, en este sentido, la forma en que la SCJN resignifica la figura del tutor de la persona con discapacidad al señalar: " [el tutor] tiene como función asistirle en la toma de decisiones correspondientes, pero no podrá sustituir su voluntad, [...] el estado de interdicción deberá concebirse como una institución de asistencia para que la persona tome sus propias decisiones, mismas que

De ese modo, el cuidado podrá integrar, a la vez, protección y autonomía, diluyendo la falsa dicotomía entre los cuidados y el respeto por los derechos.²⁵

III. Vulnerabilidad

Nuestros sistemas jurídicos actuales, así como los derechos legales que de ellos se derivan, se orientan fuertemente hacia la protección de los individuos frente a toda forma indebida de interferencia y el respeto hacia la libertad del sujeto en la elección de aquellos fines que dan sentido al proyecto de vida escogido.²⁶ En este marco, el derecho presupone que las personas son sujetos independientes, racionales y razonables, autointeresados y que, como adultos, actúan en conformidad con su autonomía individual.²⁷ Más específicamente, el derecho presupone que las personas pueden ejercer su autonomía, en la medida en que demuestren su *capacidad mental*. Esta idea de "capacidad mental" se construye, a su vez, sobre la base de una intuición simple: los seres humanos debemos exhibir un cierto nivel de competencia para la adopción de decisiones, de modo tal que estas puedan ser "respetadas". Entre otros aspectos, ello implica que la persona sea capaz de tomar una decisión *por sí misma*, lo que no se dará si: (i) la persona en cuestión no entiende la información relevante para la decisión, (ii) no puede retener dicha información, (iii) no puede usar o "sopesar" esa información como parte de un proceso de toma

deberán respetarse incluso cuando puedan considerarse no acertadas [...] el modelo de apoyo no se basa en la sabiduría para la adopción de las decisiones, sino simplemente en la libertad de las personas para realizarlas y asumirlas, puesto que la libertad de tomar las propias decisiones forma parte del núcleo de cuestiones ligadas inextricablemente al respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual y la independencia de las personas —SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015, párr. 42—.

²⁵ "El cuidado que no se administra de forma tal de poder preservar y respetar la dignidad de una persona no es un cuidado que la mayoría de nosotros desearía. De hecho, es una forma de cuidado que tememos [...] no es cuidado en absoluto." Kittay, E. F., *Learning from my daughter... cit.*, p. 211.

²⁶ Si bien es cierto que muchos sistemas constitucionales protegen más que libertad individual, el papel predominante que desempeña este principio y derecho constituye una constante central de la gran mayoría de los sistemas legales occidentales.

²⁷ Herring, J., *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 18.

de decisión o (iv) no puede comunicar su decisión, sea a través del habla, el uso de lenguaje de señas u otra forma.²⁸

Así, quienes se encuentran fuera de este paradigma de normalidad o capacidad mental son normalmente descritos como "vulnerables", esto es, personas que a) carecen de la capacidad de velar, por sí mismas, por sus propios intereses y necesidades o b) se encuentran insuficientemente equipadas de las habilidades para resistir interferencias externas o impulsos irracionales que amenacen su propio bienestar.²⁹ En este orden de ideas, mientras la independencia y la autosuficiencia son consideradas como ideales deseables, la dependencia y la vulnerabilidad se nos presentan como algo que debiera ser evitado. Aquellas personas que carecen de las capacidades y habilidades para velar, por sí mismas, de su autonomía y libertad individual son identificadas como vulnerables. Su percibida vulnerabilidad las marca como "menos", "imperfectas", "fuera de la normalidad" y las ubica de alguna forma fuera de la protección del contrato social, tal y como este es aplicado a otras personas. Al operar de esta forma, aquellas y aquellos calificados como vulnerables resultan objeto de monitoreo, supervisión y regulación, tal y como ocurre en el caso de las respuestas diseñadas por el Estado para las denominadas *poblaciones vulnerables*, tales como las o los "jóvenes en riesgo social", aquellos que son "dependientes del estado de bienestar" o "las personas con discapacidad".³⁰

1. Universalidad

El rechazo a la idea de vulnerabilidad —así como la dependencia que genera en relación con otros— es entendible. Históricamente, muchos

²⁸ En este sentido, V., por ejemplo, Mental Capacity Act 2005 (England and Wales), s. 2(4), y Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 (Ireland), s. 3.

²⁹ Bedford, Daniel, "Introduction: Vulnerability refigured", en Daniel Bedford y Jonathan Herring, *Embracing vulnerability. The challenges and implications for Law*, Routledge, Londres, y Nueva York, 2020, p. 1.

³⁰ Fineman, M. A., "Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics", en M. A. Fineman y A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, 2013, p. 16.

grupos han luchado por el pleno reconocimiento de sus derechos en oposición al estigmatizante estatus de la dependencia. La dependencia de las mujeres respecto de los hombres —en cuanto restricción internalizada por las primeras—,³¹ la dependencia opresiva de niñas y niños y derivada del ejercicio de los "derechos de control" ejercido por sus progenitores,³² la emancipación de la "inevitable dependencia de las personas con discapacidad" y la contranarrativa de una vida independiente³³ dan cuenta de este entendible escepticismo.

Sin embargo, hay otras formas posibles de entender y responder frente a la vulnerabilidad y la dependencia. Focalizar el análisis sobre la vulnerabilidad en determinadas poblaciones induce a un grave error: creer que algunos de nosotros no somos vulnerables o que existe algo así como la "invulnerabilidad".³⁴ La realidad de nuestra experiencia humana es, sin embargo, muy distinta. Como ha sugerido Dodds:

Todos somos vulnerables a las exigencias de nuestra existencia corporal, social y relacional y, al reconocer esta vulnerabilidad humana inherente, podemos advertir las formas en que una gama de instituciones y estructuras sociales nos protegen contra algunas vulnerabilidades, mientras que otras nos exponen al riesgo.³⁵

En otras palabras, la vulnerabilidad es tanto una parte de la condición humana como una constante en el marco de las relaciones entre las personas y las instituciones y estructuras sociales. Dicha vulnerabilidad puede derivar de distintas fuentes; en el curso de vida es posible encontrarse con: (i) *vulnerabilidades inherentes* o intrínsecas a la condición

³¹ V. Beauvoir, S., *The second sex*, trad. de Constance Borde y Sheila Malovany-Chavallier, Vintage, Nueva York, 2011.

³² Godwin, S., "Against Parental Rights", en 47 *Columbia Human Rights Law Review* 1, 2015, pp. 1-83.

³³ Lindemann, H., *Damaged Identities: Narrative Repair*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 2001.

³⁴ Fineman, M. A., *op. cit.*, p. 16.

³⁵ Dodds, S., "Depending on Care: Recognition of Vulnerability and the Social Contribution of Care Provision", en *Bioethics*, vol. 21, núm. 9, 2007, p. 507.

humana y que emanan de la corporalidad humana; (ii) *vulnerabilidades situacionales*, de carácter contextual y que surgen en respuesta a condiciones de corto plazo, intermitentes o permanentes que enfrentan los sujetos; y (iii) *vulnerabilidades patológicas*, que se derivan de fuentes interpersonales, sociales y sociopolíticas, afectando la autonomía o exacerbando el sentido de impotencia que genera la vulnerabilidad.³⁶

La complejidad de las fuentes de la vulnerabilidad nos permite advertir algo fundamental: mientras una persona o un grupo de personas puede ser identificado como "vulnerable" en razón de una característica particular de su cuerpo, su género, etnia, clase social, estatus migratorio, funcionamientos cognitivos u otra característica individual o de grupo, es la distribución del apoyo institucional, económico y social lo que genera, en última instancia, su vulnerabilidad. Para decirlo de otra forma, la existencia o ausencia de apoyos nos provee —o no— de recursos en la forma de ventajas o mecanismos de supervivencia, ayudándonos a enfrentar el infortunio, los desastres o la violencia.³⁷ En particular, y considerados acumulativamente, estos apoyos proveen a los individuos de la *resiliencia* necesaria para enfrentar nuestra compartida y universal vulnerabilidad y demandar un "estado reactivo" —*responsive state*—. Esto es, un Estado que, si bien no puede erradicar nuestra vulnerabilidad, al menos puede mediatizarla, compensarla o disminuirla mediante programas, instituciones y estructuras.³⁸

2. Especificidad

Una comprensión universal sobre la vulnerabilidad no debe hacernos perder de vista que en ella también habitan formas específicas de vulnerabilidad. En otras palabras, junto a la universalidad y la constancia de

³⁶ MacKenzie, C., Rogers, D. y Dodds, S. (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, pp. 3-4 y 7.

³⁷ Herring, J. *Vulnerable Adults...* *cit.*, p. 19

³⁸ Fineman, M. A., *op. cit.*, pp. 19, 24 y ss.

las diversas formas de vulnerabilidad que las personas experimentan en el curso de su vida conviven formas particulares, específicas o situadas de vulnerabilidad. Esta es una afirmación importante, puesto que la sola afirmación de nuestra vulnerabilidad universal puede llevar a un descuido respecto de ciertas formas específicas o particulares de vulnerabilidad humana. En especial, sostener que todos somos vulnerables puede esconder la existencia de las dependencias inequitativas que experimentan ciertos grupos, como las niñas y los niños, las personas adultas mayores, las y los enfermos y las personas con discapacidad.³⁹

En otras palabras, si bien todos somos vulnerables, no todos somos *igualmente* vulnerables. La vulnerabilidad no se distribuye equitativamente y las formas en que experimentamos nuestra vulnerabilidad dependerán, en gran medida, de factores como la etnicidad, sexualidad, género, edad, salud, clase social, estatus de empleo y responsabilidades de cuidado, entre otras.⁴⁰ Esto tiene especial relevancia tratándose de las personas con discapacidad. Como consecuencia de la afirmación del carácter universal y constante de la vulnerabilidad, las personas con discapacidad pueden ser ignoradas en las particularidades de sus vidas y sufrir la minimización de su discapacidad.⁴¹ Lo cierto es que las vulnerabilidades hacen que las personas con discapacidad dependan de apoyos externos de un tipo u otro: sus vulnerabilidades especiales conducen a *dependencias excepcionales*. Recíprocamente, una dependencia crea una nueva vulnerabilidad. Cualquiera que sea la razón de la dependencia, su existencia inserta inmediatamente el riesgo de lo que podría suceder en la vida de esa persona si se retirase aquello de lo que depende.⁴²

³⁹ Kittay, E. F., *Love's Labor: Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, Nueva York, 1999, p. xi.

⁴⁰ Wallbank, J. y Herring, J., "Introduction", en J. Wallbank y J. Herring (eds.), *Vulnerability, Care and Family Law*, Ashgate, Aldershot, 2014, p. 8.

⁴¹ Hughes, B., "Being Disabled: Towards a Critical Social Ontology for Disability Studies", en *Disability & Society*, vol. 22, 2007, p. 673.

⁴² Leach Scully, Jackie, "Disability and Vulnerability: On Bodies, Dependence, and Power", en Catriona Mackenzie, Wendy Rogers y Susan Dodds (eds.), *op. cit.*, p. 211.

Dos ejemplos adicionales grafican la necesidad de una especificidad en el campo de la vulnerabilidad y la discapacidad. Una de cada tres personas con discapacidad intelectual ha sufrido alguna forma de abuso sexual durante su vida adulta, tasa que resulta incluso mayor en contextos de institucionalización.⁴³ Ello sugiere una específica relación entre la situación de discapacidad y la vulnerabilidad particular frente al abuso sexual, ya sea este cometido por pares —lo que constituye la mayoría de los casos—⁴⁴ o por otros adultos. A su vez, el nivel global de la vulnerabilidad experimentada por adolescentes y mujeres es particularmente agudo cuando estas sufren la imposición de la interdicción —tutela— y, con ello, ven gravemente afectada su salud y autonomía sexual y reproductiva. Ello se manifiesta, entre otras cosas, en limitaciones sustanciales a su elección reproductiva, mayores tasas de sustitución en la toma de decisiones y prácticas de salud mental forzadas.⁴⁵ Así, las reglas generales que habilitan —y restringen— el ejercicio de la capacidad jurídica generan efectos diferenciados en la vulnerabilidad que hombres y mujeres experimentan en el ejercicio de los derechos a la libertad y la salud sexual y reproductiva.

Especificar las vulnerabilidades particulares de las personas con discapacidad no debe hacernos perder de vista, sin embargo, la necesidad de aplicar un *enfoque interseccional* en ellas. Dicho acercamiento a la vulnerabilidad no se satisface por el hecho de ir visibilizando o sumando "capas de peligros" o "discriminaciones múltiples" al sujeto con discapacidad, es decir, añadir a la vulnerabilidad general que pueda experimentar una persona con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial categorías

⁴³ Tomsa, R., Gutu, S., Cojocaru, D., Gutiérrez-Bermejo, B., Flores, N. y Jenaro, C., "Prevalence of Sexual Abuse in Adults with Intellectual Disability: Systematic Review and Meta-Analysis", en *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 18, núm. 4, 2021. Disponible en <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7921934/>>.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ V. Arstein-Kerslake, V., "Gendered denials: Vulnerability created by barriers to legal capacity for women and disabled women", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 66, septiembre-octubre 2019, 101501.

"adicionales" como la raza, la clase o el género.⁴⁶ Un acercamiento interseccional serio requiere comprender que factores como clase, raza, sexo, género, nacionalidad, edad o estatus migratorio *intersectan* con la discapacidad.⁴⁷ Esto es, dichos factores modifican la experiencia de la persona con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial y, de modo similar, la discapacidad modifica la experiencia racial, sexual o de clase.

IV. Capacidad jurídica

¿En qué sentido se vuelve relevante —para el ejercicio de la capacidad jurídica— una mirada que integre tanto el enfoque de las capacidades con el de la vulnerabilidad? Lo que quisiera sugerir a continuación es que el artículo 12 de la CDPD puede ser leído con base en los enfoques indicados. Con ello, la comprensión de la autonomía individual de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial podría no solo enriquecer el debate específico sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De manera más amplia, una interpretación del igual derecho a la capacidad jurídica —incluidos los sistemas de apoyos a la toma de decisiones y las salvaguardas para su ejercicio— podría iluminar, de mejor manera, la cuestión general de la autonomía personal. Un enfoque basado en las capacidades y en la vulnerabilidad permite comprender de mejor forma el papel que las relaciones interpersonales desempeñan a la hora de ejercer la autonomía personal y actuar en conformidad con la voluntad y preferencias de cada persona.

1. Capacidad para la toma de decisiones

En el artículo 12, párrafo 2, de la CDPD se reconoce que las personas con discapacidad "tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones

⁴⁶ Sobre los límites de un acercamiento a la interseccionalidad basada en un modelo de sumas de sistemas múltiples de opresión, V. Carastathis, A., *Intersectionality. Origins, Contestations, Horizons*, University of Nebraska Press, Paperback Edition, 2019, p. 35.

⁴⁷ Hancock, Ange-Marie, *Intersectionality: An Intellectual History*, Oxford University Press, Nueva York, 2016.

con las demás en todos los aspectos de la vida". La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y de actuar en derecho; concede a la persona la protección plena de los derechos que le ofrece el ordenamiento jurídico. Así entendida, la capacidad jurídica y la capacidad mental surgen como dos conceptos distintos. *La capacidad jurídica* es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones —capacidad legal— y de ejercer esos derechos y obligaciones —legitimación para actuar—. Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. *La capacidad mental*, en cambio, se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos, ambientales y sociales. Por tanto, y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante, Comité DPD—, en virtud del artículo 12 de la CDPD, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.⁴⁸

¿Por qué es importante esta distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental? En una concepción cognitivo-funcional, la capacidad aparece como un hecho objetivo, permanente, que surge primariamente de causas biológicas internas: se es capaz o no se es capaz. Sin embargo, la forma en que tomamos decisiones varía en diferentes momentos de nuestras vidas. Por ejemplo, tomar decisiones puede ser más difícil debido al estrés, al cansancio, a una condición de salud, etcétera. Cuando aprendemos nuevas habilidades y tenemos nuevas experiencias, nuestra capacidad para tomar decisiones también mejora. Algo similar ocurre cuando contamos con recursos y apoyos que nos permiten transformar oportunidades o derechos generales en funcionamientos específicos o libertades. En otras palabras, un enfoque basado en las capacidades —tal y como

⁴⁸ Comité DPD (2013), Observación General Núm. 1, *sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/11/4, párrs. 11-12. V., en un sentido similar, Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-182 de 2016; SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 2019.

hemos visto en la primera sección de este trabajo— nos ayuda a advertir el papel que los diversos *factores de conversión* desempeñan al momento de ejercer nuestra autonomía. Por ello, en vez de "capacidad mental", es preferible hablar de *habilidades para la toma de decisiones* o *capacidad para tomar decisiones*.⁴⁹

La CDPD supera así el modelo de "discapacidad mental" como base de la "incapacidad jurídica", situando a las personas con discapacidad al centro de todas las decisiones que les conciernen. En función de ello, los Estados se obligan a garantizar el doble compromiso de reconocer, sin discriminación, el derecho a la capacidad jurídica, junto con proporcionar acceso a las personas con alguna discapacidad intelectual a los apoyos individualizados que pudieren necesitar para hacer ejercicio de su capacidad jurídica, y a establecer las salvaguardias adecuadas y efectivas que permitan impedir abusos contra ellas. En otras palabras, el modelo de la CDPD busca el cumplimiento de dos tipos de obligaciones: a) un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del Estado y de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona y que se corresponde con la visión clásica de la autonomía, y b) un contenido positivo, que reclamaría la intervención del Estado y de la sociedad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona.⁵⁰ En términos más concretos, la dimensión positiva que la Convención promueve consiste en la creación de un *sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica*, esto es, un conjunto de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos, de más o menos formalidad e intensidad, diseñados para asistir a una persona con discapacidad intelectual en la comunicación, comprensión y consecuencias de los actos jurídicos,

⁴⁹ Cf. World Health Organization, *Protecting the right to legal capacity in mental health and related services*, Geneva, 2017, p. 16; y Bach, M. y Kerzner, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Self-Determination*, Law Commission of Ontario, Toronto, 2010, pp. 14-15. Disponible en <<https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>>.

⁵⁰ De Asís Roig, R. y Barranco, M. C., *El derecho de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 110-111.

así como en la manifestación e interpretación de su voluntad y preferencias.⁵¹

Con distintos bemoles, las legislaciones comparadas han venido consolidando una serie de reformas que apuntan, precisamente, a acercarse al modelo propuesto por la Convención. En casos como los de Irlanda, Costa Rica, Perú y, más recientemente, Colombia, se trata de procesos de adecuación más estricta a los mandatos derivados de la CDPD. Así, en estas legislaciones se presume la capacidad legal de todas las personas en igualdad de condiciones ante la ley,⁵² y se crean sistemas de apoyo a la toma de decisiones —asistidas y/o codecisiones— y salvaguardias para la protección frente a posibles abusos.⁵³ En otros casos, diversas legislaciones han modificado la regulación asociada a sus sistemas de interdicción, de modo que se eviten las declaraciones de incapacidad absoluta. Es el caso, por ejemplo, de la legislación alemana, en la que la interdicción no puede ser total, sino que debe ajustarse estrictamente a aquellas gestiones específicas que sean determinadas por la persona juzgadora y por el tiempo

⁵¹ Comité DPD, *op. cit.*, párrs. 13 y 29.

⁵² Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, Ireland, 30 de diciembre de 2015. Junto con presumir la capacidad jurídica —entendida en este caso como capacidad para la toma de decisiones—, la legislación irlandesa exige demostrar la falta de dicha capacidad utilizando una prueba funcional para evaluarla. En el caso de Costa Rica, el artículo 5° de la Ley Núm. 9379, para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, de 2016, establece expresamente que todas las personas con discapacidad gozan de plena igualdad jurídica, lo que implica: a) el reconocimiento de su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar; b) la titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses; y c) el ejercicio de la patria potestad de sus propias hijas e hijos. A su vez, en Perú, el Decreto Legislativo Núm. 1384, de 4 de septiembre de 2018, que modifica el Código Civil, reconoce la capacidad de ejercicio plena a las personas mayores de 18 años, incluyendo a las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida, aunque usen o requieran ajustes razonables o apoyos para manifestar su voluntad —art. 42 del Código Civil peruano—. Finalmente, en Colombia, la Ley Núm. 1966, "por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad", promulgada el 26 de agosto de 2019, reconoce que todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos" —art. 6., inc. 1°—.

⁵³ Cf. Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, Ireland, ss. 10-30; Ley Núm. 9379, para la Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, de 2016, Costa Rica, arts. 6-15; Código Civil de Perú, arts. 659-A y ss.; Ley Núm. 1966, Colombia, arts. 5 y 8-50.

que sean necesarias, sin que se pueda exceder nunca los siete años.⁵⁴ Lo mismo ocurre con la legislación checa, conforme a la cual no se aceptan declaraciones de incapacidad absoluta, debiendo ser esta una "medida de *ultima ratio*" y solo plausible en estrictas condiciones de aplicabilidad.⁵⁵

2. Apoyos y autonomía relacional

Sería un gran error creer que *vulnerabilidad* y *autonomía* constituyen términos opuestos. Una adecuada ética de la vulnerabilidad otorga un lugar central a la obligación no solo de respetar sino también de fomentar la autonomía. De lo contrario, el enfoque de la vulnerabilidad y protección puede abrir la puerta a formas de intervención objetablemente paternalistas y coercitivas.⁵⁶ La cuestión, entonces, radica no en buscar una alternativa a la autonomía personal, sino en precisar dicho concepto, de modo tal de volverlo compatible con el papel central que la vulnerabilidad desempeña a la hora de respetar y promover la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial.

La conceptualización cognitivo-funcional de la capacidad esconde las dimensiones interpersonales que forman la capacidad misma. Con ello se obvia un hecho fundamental: que las relaciones resultan ser esenciales para el desarrollo de las capacidades, sea que se trate de personas con alguna discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial o no. En particular, las relaciones pueden permitir —o afectar gravemente— el desarrollo de la capacidad específica de una persona para adoptar decisiones durante el curso de su vida.⁵⁷ Y es que el desarrollo del yo es un proceso que

⁵⁴ Código Civil Alemán —BGB—, versión de 2 de enero de 2002 —Bundesgesetzblatt—, I p. 42, 2909; 2003, I p. 738. Citado en National University of Ireland —NUI—, Galway, Centre for Disability Law and Policy, *A Study on the Equal Recognition before the law*, Strasbourg, France, Council of Europe, 2017, pp. 38-39.

⁵⁵ Act N. 89/2012 Coll., Código Civil de la República Checa, citado en National University of Ireland —NUI—, Galway, Centre for Disability Law and Policy, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁶ Cf. Mackenzie, Catriona, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", en Catriona Mackenzie, Wendy Rogers y Susan Dodds, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ Cf. Kong, C., *Mental Capacity in Relationship. Decision-Making, Dialogue, and Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2017, pp. 4-5.

tiene lugar en las relaciones con otras personas, y la autonomía, por lo tanto, no se entiende únicamente en términos de independencia y autodeterminación. La formación de los deseos, creencias y actitudes emocionales de la persona está influenciada por las normas sociales, las instituciones sociales, las prácticas culturales y las relaciones.⁵⁸ Ello explica, entre otras cosas, la importancia que, en el contexto de la discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, adquieren los mecanismos de apoyo para la toma de decisiones por parte de terceros, en el marco de relaciones interpersonales, deberes exigibles y prácticas.

En particular, una concepción *relacional* de la autonomía busca hacer justicia a tres convicciones principales:⁵⁹

- Que la capacidad de ejercer cierto grado de autodeterminación es crucial para llevar una vida próspera.
- Que el desarrollo y ejercicio sostenido de esta capacidad requiere un andamiaje institucional, social e interpersonal extenso y continuo, y puede verse frustrado por la dominación social, la opresión y la desventaja.
- Que tal frustración constituye una injusticia social; por lo tanto, el Estado tiene la obligación de desarrollar instituciones sociales, políticas y jurídicas que promuevan la autonomía ciudadana.

En otras palabras, en una concepción relacional de la autonomía, el análisis de la voluntad implica, necesariamente, prestar atención a la interacción permanente entre el ejercicio personal de la autonomía y la elucidación de las características éticas, obligaciones y deberes que surgen en el marco de las relaciones con quienes se interactúa. Y si la discapacidad

⁵⁸ Cf. Mackenzie, C. y Stoljar, N., (eds.) *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2000, p. 4.

⁵⁹ Cf. Mackenzie, C., "The Importance of Relational Autonomy...", *cit.*, pp. 41-42.

—conforme al modelo social— se sitúa en la interfaz de la deficiencia —*impairment*— y el entorno con el que una persona entra en contacto, entonces tiene sentido mirar hacia las relaciones entre las personas con discapacidad y aquellas con quienes interactúan.⁶⁰

A mi modo de ver, es esto, precisamente, lo que se encuentra en la base de la segunda obligación —positiva— que se deriva del artículo 12 de la CDPD: el deber de reconocer, regular y facilitar un sistema en que terceras personas apoyan la toma de decisiones de una persona con discapacidad, sea ayudándola a obtener y comprender la información relevante para la decisión, hablar sobre los pros y los contras de las diferentes opciones disponibles o ayudándola a comunicarse con otras personas.⁶¹ En esta mirada, los sistemas de apoyo para la toma de decisiones fortalecen la resiliencia de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial para enfrentar las vulnerabilidades específicas derivadas de las dificultades para el respeto —y ejercicio— de su autonomía individual.

3. Salvaguardias y vulnerabilidad

Mirar hacia las relaciones implica, también, no dejar de ver los abusos que estas pueden generar. Toda relación humana, incluidas las relaciones entre quienes apoyan y/o cuidan a una persona con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial, conlleva riesgos y eventuales daños. Tales riesgos son particularmente concretos y se manifiestan en una serie de violaciones a los derechos de quienes componen el núcleo familiar, especialmente quienes se encuentran en una posición de mayor dependencia o vulnerabilidad.⁶² Y es que, sin derechos, las relaciones humanas basadas

⁶⁰ Dowling, S., Williams, V., Webb, J. *et al.*, "Managing relational autonomy in interactions: People with intellectual disabilities", en *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, vol. 32, núm. 5, 2019, p. 1059.

⁶¹ Sobre los apoyos para la toma de decisiones y la autonomía relacional, V Series, L., "Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 40, 2015, pp. 80-91.

⁶² *Cf.* Herring, J. *Caring and the Law*, *cit.*, pp. 64-68.

en el cuidado pueden transformarse en dañinas o manipuladoras.⁶³ Por eso, no puede existir cuidado sin justicia.⁶⁴ Para decirlo de otra forma, los derechos y garantías específicas que se reconocen en la CDPD no vienen a reemplazar el núcleo de las relaciones éticas entre quienes apoyan y/o cuidan a una persona con discapacidad, sino que operan como garantía de protección cuando tales cuidados se vuelven opresivos, violentos o injustos. En otras palabras, la estructura de los derechos no es constitutiva de la vida social, sino que debe ser comprendida, en cambio, como una posición de *respaldo y seguridad* en caso de que los demás elementos constitutivos de esa relación social se desintegren o distorsionen.⁶⁵

Consciente de las necesidades de protección y cuidado frente a posibles abusos, la CDPD reconoce la importancia de una serie de *salvaguardias adecuadas y efectivas* para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aunque todas las personas pueden ser objeto de "influencia indebida", este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Conforme al artículo 12.4 de la CDPD, el objetivo principal de las salvaguardias es asegurar

[...] que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

⁶³ Cf. Meyers, P. A., "The 'Ethic of Care' and the Problem of Power, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 2, 1998, p. 142.

⁶⁴ Cf. Held, V., *The Ethics of Care: Personal, Political and Global*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, p. 17.

⁶⁵ Cf. Waldron, J., *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 374.

Como se ha precisado por parte de la doctrina, estas salvaguardias pueden clasificarse en tres grupos: (a) aquellas orientadas a garantizar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; (b) aquellas que buscan evitar influencias indebidas por parte de terceros; y (c) las que concierne a los conflictos de interés.⁶⁶ Su sentido fundamental, como explican Constantino y Bregaglio en esta misma obra, es aminorar la vulnerabilidad *relacional* que enfrentan las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial y que se vincula con la posibilidad de manipulación en el marco de los apoyos. En particular, las salvaguardias se orientan a comprobar si la declaración que realiza la persona con discapacidad responde a su *verdadera voluntad* o si está viciada por influencia de una persona que ejerce apoyo o por la contraparte en un negocio jurídico. No, en cambio, a determinar si la persona "comprende o no" el acto jurídico.

El análisis de las salvaguardias en el marco del artículo 12.4 de la CDPD, así como la forma en que estas han sido debida o indebidamente reguladas por los sistemas jurídicos que han avanzado hacia los sistemas de apoyos a la toma de decisiones, excede mi cometido. Lo que me interesa remarcar aquí es, en cambio, el papel que las salvaguardias desempeñan en el marco de un sistema de reconocimiento a los derechos de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial basado tanto en un enfoque de capacidades como en un enfoque de vulnerabilidades. Las salvaguardias no son un mero "apéndice" del reconocimiento a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino un componente esencial que toma en cuenta no solo los intereses por autonomía individual. En un marco relacional, las salvaguardias visibilizan y permiten responder a las dinámicas no deseadas de dichas relaciones, contribuyendo a responder frente a las vulnerabilidades específicas que se generan en torno a tales relaciones.

⁶⁶ Cf. Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J. et al., *Three jurisdictions report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, An Essex Autonomy Project Position Paper, 2016, p. 38. Disponible en <<https://autonomy.essex.ac.uk/resources/eap-three-jurisdictions-report/>>.

V. Conclusiones

Reconocer el igual derecho a la capacidad jurídica a todas las personas es aceptar el valor intrínseco de toda vida humana, su igual capacidad de florecer, con independencia de las limitaciones generadas por las vulnerabilidades asociadas a la discapacidad. Un enfoque sobre la justicia y los "apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica" se orienta a facilitar una mejor comprensión del papel que desempeñan las personas distintas al agente individual de una determinada decisión, en el proceso mismo de decidir. Es a través de tales apoyos que una persona transforma un bien abstracto —como el igual derecho a la capacidad jurídica— en un funcionamiento concreto —la toma de decisiones—. En una concepción *relacional* de la autonomía, el desarrollo y ejercicio sostenido de esta capacidad requiere un andamiaje institucional, social e interpersonal extenso y continuo. Dicho andamiaje sirve de contrapeso a las vulnerabilidades específicas que surgen en el contexto de la discapacidad. En particular, y considerados acumulativamente, estos apoyos proveen a las personas con alguna discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial de la *resiliencia* necesaria para enfrentar las barreras de su entorno y proyectar su autonomía personal.

La reformulación de la capacidad jurídica en los términos prescritos por el artículo 12 de la CDPD no es solo relevante para una regulación específica del ejercicio de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial. El modelo de igual reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas —así como el establecimiento de un sistema de apoyo para la toma de decisiones, incluidas las necesarias salvaguardias para su ejercicio— permite poner a prueba supuestos esenciales de la teoría política o moral y del derecho. Al problematizar los supuestos ontológicos de ambas disciplinas, abriendo un espacio central a la vulnerabilidad y a las relaciones humanas, el igual respeto a la capacidad jurídica transita de un *caso irrelevante* a un *caso difícil* que nos permite resignificar nuestras nociones de justicia social y complejizar, radicalmente, nuestra apreciación sobre la función del derecho.