

Autonomía y relacionalidad: hacia una lectura integral de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Por Jorge Nicolás Lafferriere¹

Lafferriere, J.N. (2022). “Autonomía y relacionalidad: Hacia una lectura integral de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Basset, U.C. y Santiago, A. (Directores). Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas. Tomo II. La Ley, Buenos Aires. p. 567-596. ISBN: 9789870344094.

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), fue adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006 (A/RES/61/106). En Argentina, la ley 26378 aprobó la Convención (B.O. 9/6/2008) y la ley 27044 (B.O. 22/12/2014) le otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. El texto de la CDPD aborda diversas dimensiones de la vida de estas personas, poniendo como eje el reconocimiento y protección de derechos y su inclusión social a partir de la eliminación de barreras, los ajustes razonables y la provisión de apoyos.

En la consideración de las proyecciones de la CDPD en el ordenamiento jurídico nacional, se suele poner énfasis en un enfoque centrado en la autonomía personal. Esto se plasma especialmente en el campo del derecho civil y la regulación de la capacidad de ejercicio. Valorando la estrecha conexión que existe entre dignidad y libertad para la realización del propio proyecto de vida, creemos que ciertos enfoques caen un individualismo que aísla a la persona, la recorta de sus vínculos más decisivos y puede conducir a resultados perjudiciales para las propias personas con discapacidad. Por eso, creemos que es necesaria una lectura integral de la CDPD que junto con la valoración de la autonomía considere también la esencial relacionalidad que caracteriza a la persona humana.

Este trabajo buscará analizar qué lugar ocupa la autonomía en la CDPD, en especial en relación a la capacidad jurídica². También se estudiará la presencia de elementos de relacionalidad en la CDPD, con particular referencia al sistema de apoyos y a las necesarias salvaguardias previstas en el art. 12. A partir de esta presentación de la CDPD,

¹ El presente trabajo comenzó a elaborarse en el marco del proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección” y se finaliza como parte del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España titulado “Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos” PID2019-105489RB-I00 (IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofia de Salas Murillo). Agradezco especialmente la colaboración de la Magister Ludmila A. Viar.

² Este trabajo es complementario de otro ya publicado: Lafferriere, Jorge Nicolás. “Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 38, enero-junio 2020: 51-87. doi: 10.18601/01234366.n38.03.

desarrollaremos la cuestión de la capacidad jurídica y sus dos facetas: la capacidad de derecho y de ejercicio. En otro apartado, consideraremos distintas visiones sobre la autonomía relacional y, a renglón seguido, los límites de la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad. Finalizaremos con algunas reflexiones sobre la vulnerabilidad de las personas con discapacidad y su protección en el ordenamiento jurídico.

2. La autonomía en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

2.1. El principio de autonomía en la CDPD

En la CDPD el concepto de autonomía surge de forma explícita en el preámbulo: *“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones(...)”*. Esta importancia de la autonomía se vincula con la preocupación que se expresa en el Preámbulo porque, pese a diversos instrumentos y actividades, *“las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”*. En el mismo sentido, en otro pasaje del mismo Preámbulo se afirma *“que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”*.

Por su parte, el art. 3 inc. a habla de autonomía individual en el marco de los principios generales de la Convención. También hay menciones a la autonomía en el art. 16, punto 4 CDPD al tratar lo relativo a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, específicamente en cuanto a la recuperación e integración de las personas con discapacidad. También se encuentra este principio en el art. 5 inc. d sobre salud, donde sobre todo se trae a colación el concepto de consentimiento informado. Centralmente, la autonomía se encuentra como telón de fondo del artículo 12 referido a la capacidad jurídica, como veremos a continuación.

Recapitulando, podríamos decir que la autonomía en la CDPD se vincula con el ejercicio de los derechos que la Convención consagra, incluyendo la toma de decisiones, la vida independiente, la participación en la decisión de políticas y programas, las decisiones sobre su cuerpo, la protección contra violencia y abusos, el consentimiento informado y la capacidad jurídica.

2.2. La autonomía y la capacidad jurídica

Sin lugar a dudas, la principal proyección del principio de autonomía en la CDPD se relaciona con el reconocimiento como persona ante la ley y la capacidad jurídica. Se trata de una materia regulada en el art. 12 CDPD que dispone:

Artículo 12 - Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:*

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Si tuviéramos que sintetizar los grandes ejes que del artículo 12 en relación a la capacidad jurídica, podríamos decir que son: la centralidad de la autonomía de la persona; la adopción de un modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad³; la igualdad jurídica en materia de capacidad⁴; y las salvaguardias para evitar abusos que sean proporcionadas,

³ Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?,” *Berkeley Journal of International Law* 32, no. 1 (2014): 124–43, doi:10.15779/Z38494G.

⁴ Michael Bach, “The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities” (Toronto: Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009), http://www.supportedemployment.ca/en/images/employment-program-best-practices_iris.pdf%5Cnhttp://irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf.

adaptadas a la persona, y revisables periódicamente⁵. Se trata, sobre todo, que se les abra a las personas con discapacidad espacios para la toma positiva de decisiones sobre su vida⁶.

La Observación General N°1 emitida por el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad analiza el art. 12 antes transcrito. Para la Observación General, la principal proyección del artículo 12 se vincula con la capacidad jurídica. Para el Comité, “el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.⁷

En función de ello, el Comité enfatiza que “los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y la negación de la capacidad jurídica han afectado y siguen afectando de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial”, y por eso “reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”⁸.

De la CDPD se desprende el principio de que la capacidad jurídica en las personas se presume y en ese marco la Observación General nro. 1 busca garantizar una igualdad tal que pone el acento en la voluntad como accionar de la autonomía de la persona con discapacidad.

Luego volveremos sobre el punto a fin de determinar cómo debe interpretarse este principio de autonomía en relación a la capacidad de ejercicio.

3. La CDPD y la dimensión relacional de la persona

3.1. La persona y su relacionalidad en la CDPD

Una lectura integral de la CDPD permite advertir que, junto con el énfasis puesto en la autonomía personal, hay un reconocimiento de la relacionalidad inherente a la persona

⁵ Ver Alfredo J. Kraut, “Derecho y Salud Mental. Hacia Un Cambio de Paradigma,” *La Ley*, no. 6-6-2012 (2012): 1; Jorge C. Berbere Delgado, “La Salud Mental y La Discapacidad. La Igualdad Como Principio y Su Equilibrio Con La Protección,” *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas* Septiembre (2014): 184.

⁶ Gerard Quinn, “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD,” in *HPOD Conference, Harvard Law School* (Boston, 2010), 5, http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html.

⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; “Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; Observación General N°1; 11° periodo de sanción; Introducción, punto 5; 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11° periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 9.

humana, de modo que la CDPD entiende a la persona con discapacidad como integrada en una familia y una sociedad.

En cuanto a la familia, la CDPD considera que es *“la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad”* (Preámbulo CDPD). La CDPD reconoce que la persona tiene “derecho” a recibir protección de la familia y del Estado (Preámbulo). A su vez, también se reconoce que *“las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,(...)”* (Preámbulo).

Una vez que la Convención comienza a enumerar los principios protectorios que establece, en su art. 8 abre la antesala del impacto social que brinda este instrumento con el título “Toma de Conciencia”. Allí coloca a la sociedad, y dentro de aquella específicamente a la familia, como un espacio en donde el Estado debe tomar las medidas necesarias para sensibilizar la toma de conciencia sobre la discapacidad. El fin de ello es el fomento del respeto por los derechos y la dignidad de la persona.

El art. 16, titulado “Protección contra la explotación, la violencia y el abuso” promueve que las familias reciban la formación necesaria para advertir y evitar posibles abusos que puedan cometerse en contra de las personas con discapacidad. Para ello intima a que los Estados partes dispongan del sistema de apoyos necesarios para proveer estas herramientas.⁹ Este artículo señala que la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección tenga lugar en un entorno que sea favorable integralmente para la persona.

Dependiendo del tipo de discapacidad, las familias requieren la formación necesaria para poder contener e integrar a la persona con discapacidad. Por ello, se vuelve necesario el conocimiento para evitar posibles abusos. Para ello, la familia debe tener las herramientas no sólo de conocimiento, sino también los medios profesionales adecuados a los cuales requerir en caso de ser necesario.

La familia también está considerada en el art. 22 que refiere al “respeto de la privacidad” y hace hincapié en la necesidad de protección de la privacidad y la tutela del honor de las personas con discapacidad dentro de su entorno familiar, desestimando la posibilidad de cualquier tipo de agresión.

Por otro lado, la Convención no sólo estipula una serie de derechos en torno a la familia de la persona con discapacidad, sino que además, enumera situaciones en las cuales las familias no pueden brindar el apoyo de contención necesario. En el artículo 23 inciso 4 se remite al ordenamiento interno en el caso de que exista la necesidad de separación de un niño o niña del seno materno a través del debido procedimiento judicial. Por otra parte, se

⁹ Ver. arts. 34; 38; 43; 47; 49; 50; 59; 101; 102; 103; 110; 139; 405; 603; 706; 1535 Código Civil y Comercial de la Nación.

aclara que el mero hecho de la discapacidad no resulta suficiente para separar al menor de sus padres, sino que debe estar implicado el interés superior del niño.

El artículo 23 inciso 5 se refiere a las circunstancias en que la familia directa no pueda ocuparse del niño con discapacidad. En este caso, la Convención le reconoce prioridad a la familia extensa: *“Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.”*

La familia es un claro sistema de apoyo reconocido en la CDPD, es la primera comunidad que conoce la persona con discapacidad y en la que se desarrolla. Así, la Convención estipula ciertas delimitaciones protectorias, sobre todo para el caso de que la familia directa no pueda asistir a la persona con discapacidad en cuanto a sus necesidades para integración social.¹⁰

Junto con la dimensión familiar de la relacionalidad, encontramos la dimensión social. La persona con discapacidad se inserta en la “familia humana”, como lo reconoce el primer párrafo del Preámbulo de la CDPD: *“Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”*. El Preámbulo también reconoce que *“las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos”*.

En la Observación General nro. 1 del Comité se afirma:

“La interpretación del artículo 12, párrafo 3, a la luz del derecho a vivir en la comunidad (art. 19) supone que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe proporcionarse mediante un enfoque basado en la comunidad. Los Estados partes deben reconocer que las comunidades son un recurso y un aliado en el proceso de comprender los tipos de apoyo necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la información sobre las diversas opciones de apoyo. Los Estados partes deben reconocer que las redes sociales y el apoyo a las personas con discapacidad que se da de forma natural en la comunidad (como el que brindan los amigos, la familia y la escuela) son elementos esenciales para el apoyo en la adopción de decisiones. Esto es coherente con la importancia que se concede en la Convención a la inclusión y la participación plenas de las personas con discapacidad en la comunidad”.

Sostener la relacionalidad no significa anular la autonomía personal. Significa reconocer que siempre requerimos de ayudas para el ejercicio de derechos y que, en el caso

¹⁰ Preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: *“(…) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,(…)”*

de las personas con discapacidad psíquica, las particularidades de esa discapacidad suponen la necesidad de darle ayudas que las puede pedir la misma persona o bien se pueden establecer para su bienestar. Ello es necesario porque en ciertas circunstancias la persona con discapacidad psíquica puede dañarse a través del ejercicio de su capacidad. En razón de la solidaridad y el principio de protección, se justifica adoptar medidas que, aunque limiten parcialmente, y en condiciones muy precisas y definidas, la capacidad de ejercicio, nacen del deber de solidaridad que nos hace a unos responsables de los otros.

Del artículo 12 CDPD se desprenden dos dimensiones de esta relacionalidad: por un lado, la incorporación del sistema de apoyos; por el otro, la necesidad de adoptar salvaguardias para prevenir abusos contra las personas con discapacidad.

3.2. La relacionalidad y los apoyos en la CDPD

Uno de los aspectos en que la CDPD incorpora la relacionalidad es en la referencia a la importancia de los apoyos para el ejercicio de la capacidad (art. 12) y para la vida independiente (art. 19), incluyendo la importancia de la familia. Para el Comité, “apoyo” es un “término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”¹¹. El tema ha sido objeto de un informe especial en el seno de la ONU¹². Comentando este informe, Carlos Muñiz ha explicado los distintos tipos de apoyo para las personas con discapacidad: para la toma de decisiones, para la comunicación, para la movilidad, para la asistencia personal, para la vida independiente en la comunidad, para el acceso a servicios generales¹³.

La necesidad de apoyos se vincula con la sociabilidad humana, que es la condición para desplegar la capacidad de ejercicio. En efecto, la capacidad jurídica no es una concesión del ordenamiento jurídico, sino un aspecto fundamental del ser persona que permite desplegar sus potencialidades. Es una exigencia de justicia en razón de la dignidad humana y de la sociabilidad de la persona. Sin capacidad, no habría posibilidad de entablar las relaciones que nos permitan desarrollarnos.

Como persona, el ser humano posee una dimensión jurídica que se vincula con su ser relacional, con las relaciones que entabla con los otros que quedan regidas por la justicia, en la puede exigir lo “suyo”, su derecho, y entablar relaciones para desarrollarse plenamente. Y a su vez tiene el deber de respetar al “otro” en su dignidad y todo lo “suyo”. Esta aptitud de entablar relaciones jurídicas es, en un sentido amplio, lo que llamamos “capacidad jurídica”¹⁴.

¹¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General Nº 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 17.

¹² Catalina Devandas Aguilar, “Informe de La Relatora Especial Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad Ante Consejo de Derechos Humanos de La ONU En El 34º Período de Sesiones,” vol. A/HRC/34/5, 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>.

¹³ Carlos Muñiz, “Algunas Precisiones Sobre La Noción de Apoyo a Las Personas Con Discapacidad,” *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas* XI, no. 1 (2019): 145–57.

¹⁴ En este comentario, nos atendremos a la noción del derecho civil de “capacidad jurídica” reconociendo que la expresión “capacidad” recibe usos “heterogéneos” en el derecho, como bien lo señala José W. Tobías,

La capacidad de ejercicio se vincula con la aptitud para poner en obra los derechos y entablar relaciones jurídicas. Como exigencia de la dignidad humana valoramos que la persona misma, poniendo en juego su libertad, sea quien despliegue relaciones jurídicas para alcanzar su plenitud. Justamente en torno a ese despliegue realizado por la propia persona se configura la llamada capacidad de ejercicio. La conexión entre dignidad y capacidad de ejercicio ha significado un renovado énfasis en que sea la propia persona la que ejerza sus derechos a través de una acentuación del principio de autonomía¹⁵.

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

Así, la capacidad de ejercicio no puede ser un constructo teórico recortado de los vínculos y relaciones fundamentales que la persona establece a lo largo de su vida. Para desplegar la personalidad se requieren ayudas de distintos grados de intensidad, especialmente en las etapas de mayor vulnerabilidad. Si no se dan esos refuerzos, la falta de condiciones reales para ejercer los derechos se convierte en un obstáculo que frustra el derecho. La falta de madurez o discernimiento termina privando a la persona de los bienes que hacen a su florecimiento y despliegue. Nos encontramos así ante el núcleo de la cuestión: por un lado, un principio de autonomía exaltado; por el otro, la constatación de vulnerabilidades en las personas menores de edad y personas con discapacidad que requieren apoyos y ayudas por su vulnerabilidad.

En el caso de la niñez, en principio, esos refuerzos coinciden con los derechos y deberes de los padres. Ellos son los primeros educadores de los niños, en tanto los han traído a la vida y pesa sobre ellos la responsabilidad de educarlos, alimentarlos, orientarlos y disponer todo para su plena maduración. Su responsabilidad y derechos no emanan de la ley positiva simplemente, sino que reconocen como fundamento el orden mismo de la realidad. Se trata de derechos y deberes fundamentales que son previos a cualquier ley positiva.

Con la adultez, surge la plena capacidad de ejercicio. Pero la “dependencia” de la persona nunca es totalmente abolida y siempre requerimos de apoyos y auxilios para desplegar nuestras finalidades y proyectos de vida. Desde ya, en la niñez la regla es la “dependencia” y por tanto la situación de “incapacidad de ejercicio”, mientras que en la adultez la regla es la capacidad y las excepciones las situaciones en las que necesitamos apoyos.

“Tomo I. Arts. 1 a 224.,” in *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exégetico*, ed. Jorge Horacio (Director) Alterini and Ignacio (Coordinador) Alterini, 2da. (Buenos Aires: La Ley, 2015), 1–1342.p. 174)..

¹⁵ Es Carlos Muñiz quien me ha hecho notar que el derecho a ejercer los derechos se presenta como un derecho emergente de la CDPD.

Los apoyos y auxilios tienen una doble finalidad: ayudar a la persona a desplegarse y evitar daños para la persona que todavía no es suficientemente madura o que tiene una especial vulnerabilidad, ya sea porque se abusan de ella o porque ella se daña a sí misma. En este sentido, los apoyos no tienen que ser vistos como “restricciones” a una capacidad, sino como auxilios que surgen de la misma sociabilidad humana. En este marco, la representación que los padres ejercen de sus hijos cumple esa función de guía y salvaguarda de los derechos de los niños, en tanto son ellos quienes en mejor posición se encuentran para velar por su interés superior.

Así, para Arstein-Kerslake, la CDPD adopta un modelo de apoyos para la toma de decisiones que tiene como desafío central generar una dependencia que empodere a la persona con discapacidad manteniendo una neutralidad que le permita expresar su verdadera voluntad y preferencias¹⁶. La figura de los apoyos expresa, entonces, un reconocimiento de la importancia de la relacionalidad, pero que mantiene la centralidad de la autonomía. En definitiva, es la persona autónoma la que continúa tomando las decisiones y los apoyos la asisten.

La CDPD no brinda criterios sobre cómo deben ser las figuras de apoyo. En general, hay acuerdo en que deben ser flexibles y proporcionadas para incluir tanto a los aspectos más “rígidos” como los actos jurídicos, como los aspectos más variables como los actos de la “vida cotidiana”. Los apoyos pueden darse de hecho o bien de derecho. Los apoyos de hecho suelen funcionar para los actos de la vida cotidiana. En cambio, “es la necesidad de tomar decisiones relevantes (más allá de los actos corrientes de la vida ordinaria) sobre la persona o el patrimonio del discapacitado psíquico la que exige que se proceda a una evaluación formal e independiente de su capacidad natural de conocer y querer, para acreditar su falta de capacidad natural, y para permitir que un tercero actúe con eficacia en su esfera jurídica”¹⁷

Sofía de Salas Murillo formula una interesante distinción según los desacuerdos entre la persona con discapacidad y su apoyo lleven a un simple bloqueo o inacción, o bien a la situación en que una parte, no obstante el desacuerdo, lleve adelante la acción¹⁸. Si se parte de la idea de que la iniciativa la tiene la persona con discapacidad, el bloqueo vendría dado por el apoyo que niega su asentimiento. En tal supuesto, si la negativa resultara arbitraria, quedaría la chance de recurrir a la sede judicial para dirimir el desacuerdo. Si se trata de una situación de violación de los términos de la sentencia, en la que la persona con discapacidad actúa sin contemplar la asistencia del apoyo, las reglas sobre nulidad vendrían a ser operativas para revisar lo actuado.

¹⁶ Anna Arstein-Kerslake, “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity,” *Scandinavian Journal of Disability Research* 18, no. 1 (2016): 78, doi:10.1080/15017419.2014.941926.

¹⁷ Carlos Martínez de Aguirre, *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal* (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), 132–33.

¹⁸ Sofía de Salas Murillo, “Significado Jurídico Del «apoyo En El Ejercicio de La Capacidad Jurídica» de Las Personas Con Discapacidad: Presente Tras Diez Años de Convención.,” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no. 5 (2018): 24.

Una cuestión crítica en esta materia, como veremos luego, es la de determinar si bajo la CDPD los únicos apoyos admisibles son los que son voluntariamente pedidos por la persona. Es decir, el derecho a recibir protección de la familia, ¿sólo se admite si la persona lo pide? ¿Sólo hay derecho si es ejercido? ¿No hay derechos en la persona inconsciente, por ejemplo? En este sentido, como veremos más adelante, creemos que pueden existir medidas judiciales, adoptadas en el marco de procesos de capacidad, que se impongan a la persona para su protección y que incluyan la fijación de apoyos. Sofía de Salas cita la opinión de Francisco Bariffi, quien señala que se debe respetar la voluntad de la persona de desistir de los apoyos, pero el juez o el ministerio público podrían oponerse en caso que estén en riesgo derechos patrimoniales o personales del beneficiario¹⁹.

Otra dimensión crítica se refiere a los casos de representación. Ya hemos visto que el Comité enfatiza en la Observación General nro. 1 que deben abolirse los sistemas de sustitución de la voluntad y reemplazarse por sistemas de apoyo. En tal sentido, creemos que la regla general en los procesos de evaluación formal de la capacidad ha de ser la adopción de apoyos con funciones de asistencia, en forma proporcionada a la situación de la persona. Excepcionalmente, entendemos que son admisibles apoyos con funciones de representación, cuando se trate de las deficiencias más graves y se pruebe convincentemente que del ejercicio de la capacidad por la propia persona (o bien de su inacción) puede resultar un daño grave a su persona o a sus bienes, o bien puede sufrir abusos y perjuicios de distinto tipo. La representación obrará respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, al modo cómo actúa un mandante. Lógicamente, si en un punto se verificase una situación de particular perjuicio, el apoyo-representante debe consultar al juez. Como dice Sofía de Salas Murillo, hay que tener en cuenta el caso de las decisiones sustitutivas cuando existe riesgo de que se vean afectados derechos fundamentales, aunque en los hechos sean pocos casos²⁰.

Otra proyección jurídica de la CDPD en torno a la capacidad de ejercicio refiere a la posibilidad de proceder a realizar el mecanismo judicial de evaluación de la aptitud de la persona y la designación de apoyos para actos concretos. Este punto está contemplado en el art. 43 Código Civil y Comercial y ha dado lugar a un interesante debate sobre la posibilidad de considerar a los apoyos como una figura independiente de la restricción a la capacidad²¹.

3.3. La relacionalidad y las salvaguardias previstas en el art. 12 CDPD

Una segunda dimensión en que la CDPD reconoce la dimensión relacional de la persona se refiere a la necesidad de adoptar salvaguardias adecuadas cuando se adoptan medidas vinculadas con la capacidad de ejercicio (art. 12.4). Al respecto, es importante

¹⁹ Ibid., 25.

²⁰ Ibid., 28.

²¹ Giavarino, Magdalena B., Balmaceda, Mónica P., “La consideración del sistema de "apoyos" como recurso autónomo”, DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 152; Muñiz, Carlos, “Algunas precisiones sobre la noción de apoyo a las personas con discapacidad. Comentario acerca del Informe de la Relatora especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/HRC/34/58)”, op. cit.. Sobre la regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial, ver Peyrano, Guillermo F., Lafferriere, Jorge Nicolás, "Restricciones a la capacidad", Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2016.

tener en cuenta que la Convención también se propone el objetivo de “proteger” (art. 1) y que por su vulnerabilidad las personas con discapacidad pueden sufrir daños y abusos que hay que evitar (como lo pide el art. 12 CDPD). Como veremos luego, una autonomía sin adecuados apoyos y salvaguardias podría degenerar en situaciones injustas.

La redacción del inciso 4 del artículo 12 deja en claro que se pueden adoptar “medidas” en relación a la capacidad de ejercicio y que esas medidas deben estar acompañadas por salvaguardias adecuadas. Así, una lectura atenta de este inciso permite despejar cualquier posible lectura de una autonomía absoluta, pues la CDPD admite que haya medidas sobre la capacidad de ejercicio, como las que la inmensa mayoría de países signatarios de la Convención contiene en sus ordenamientos jurídicos.

Para el Comité, “en el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.... El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas”²².

Estas salvaguardias deben responder al principio de proporcionalidad, que es uno de los principios rectores del régimen jurídico de las personas en situación de discapacidad psíquica²³. Una salvaguardia muy importante es la protección contra "influencia indebida" hacia las personas con discapacidad. En este punto, el Comité señala que “este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”²⁴.

Otra salvaguardia que surge del artículo 12.4 es la que refiere a la necesidad de evitar situaciones de “conflicto de intereses”. Llamativamente este aspecto no fue considerado en la Observación General nro. 1 del Comité. En todo caso, la búsqueda de evitar “conflicto de intereses” supone la consideración de problemas de orden objetivo, pues los intereses que están en juego van más allá de las preferencias y voluntad de las personas. Es decir, si se dispone que para vender un inmueble la persona con discapacidad requiere de un apoyo, y se nombra apoyo a la persona que alquila el inmueble en cuestión, aunque la persona con discapacidad tenga toda la voluntad y preferencias de favorecer a esa persona que hace las veces de apoyo, existe un conflicto de intereses que, en virtud de la particular vulnerabilidad de la persona con discapacidad, requiere ser sopesado judicialmente. Por todo sostenemos que no se puede dejar de lado una valoración objetiva

²² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General Nº 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 20.

²³ Martínez de Aguirre, *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal*, 49.

²⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General Nº 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 22.

de la situación, sin perjuicio de la centralidad que la CDPD otorga a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Las disposiciones del art. 12.4 CDPD obligan a los Estados a adoptar salvaguardias para prevenir abusos. Estas salvaguardias se imponen, por mecanismos judiciales independientes, como limitaciones a la capacidad de ejercicio en razón del bien de la persona, de la protección de su dignidad y sus derechos y para su beneficio. Por lo tanto, las medidas que se adoptan en torno a la capacidad de ejercicio no son contrarias a la persona ni su dignidad, ni al texto de la CDPD, siempre que contemplen esas salvaguardias adecuadas.

4. Las facetas de la capacidad jurídica: distinguir sin confundir

Luego de presentar sintéticamente los lineamientos de la CDPD en relación a la capacidad de ejercicio, abrimos el análisis de algunos tópicos implicados en esta materia. Comenzamos con la consideración de la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio y cómo es receptada en la Convención.

Al respecto, uno de los presupuestos de la Observación General Nro. 1 sobre el artículo 12 CDPD es que la capacidad jurídica tiene dos facetas: la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley y la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. El Comité entiende que este segundo componente (legitimación para actuar) “es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad” y por ello sostiene que “para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”²⁵. Es decir, para el Comité, el art. 12 contempla una única capacidad jurídica, con dos facetas.

Para el Comité, “a obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos”²⁶.

Ahora bien, de alguna manera, subyace una confusión en cuanto a las consecuencias de esa unidad de la capacidad jurídica. Algunas posturas enfatizan que cualquier tipo de medida respecto a la capacidad es contraria al artículo 12, ya sea que se refiera a la capacidad de derecho como a la capacidad de ejercicio. En realidad, como intentaremos ver, mientras que serían claramente discriminatorias restricciones a la capacidad de derecho de una persona en razón de su discapacidad psíquica, las medidas sobre la capacidad de ejercicio -por su propia lógica- se imponen en beneficio de la persona con discapacidad y

²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 14.

²⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 28.

están justificadas por buscar la protección y promoción de sus derechos y por tanto no son discriminatorias.

Si comenzamos por la redacción del art. 12, podemos advertir que el término "capacidad jurídica" utilizado en el art. 12.2. abarca tanto la capacidad de derecho como la capacidad de ejercicio. En este punto hay bastante acuerdo y las investigaciones de Agustina Palacios lo constatan.²⁷

Sin embargo, en los incisos 3 y 4 del artículo 12 se advierte que la CDPD se detiene a regular específicamente lo referido a la capacidad de ejercicio y que está distinguida de la capacidad de derecho. El inciso 3 refiere al apoyo para el ejercicio de los derechos y el inciso 4 admite que se pueden producir "abusos" en relación al ejercicio de los derechos que hay que prevenir y para ello indica que se pueden adoptar medidas que deben estar acompañadas por adecuadas salvaguardias, que tienen que ser proporcionadas.

Enfatizar que la capacidad jurídica es una y que tiene dos facetas, no debe conducir a una total equiparación de la distinción civilista clásica entre la titularidad de derechos y obligaciones, comúnmente denominada "capacidad de derecho", y el ejercicio de los derechos y la celebración de relaciones jurídicas, también denominado "capacidad de ejercicio".²⁸ Identificar ambas facetas tornaría irrelevante la distinción, que es admitida por el mismo Comité tal como hemos señalado.

La capacidad de derecho se vincula con la aptitud para ser reconocido como titular de derechos. Estos derechos le corresponden al ser humano en razón de su dignidad y son algo "suyo", que le son debidos para el despliegue de la personalidad. Esos bienes básicos, que corresponden a todo ser humano por el solo hecho de ser tal, no vienen sólo de la ley positiva, sino que reconocen su origen en principios superiores a la legislación establecida, en esos bienes fundamentales que expresan las inclinaciones básicas de la persona humana, que son indisponibles y que se corresponden con la ley natural. Tobías explica la noción de capacidad de derecho o capacidad jurídica entendida como "la aptitud potencial de ser titular de los intereses, derechos y deberes jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce por su sola condición humana –sin exclusiones originarias debido a factores discriminatorios- y aquellos específicos que emanan de su estado o posición social"²⁹. Como sostiene Hernán Corral Talciani, "el derecho, al reconocer a la persona, debe garantizarle una esfera de poderes jurídicos que incluirá una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas. El derecho da así significación jurídica a la persona que existe como tal con anterioridad a él, y por ello tales atributos sólo pueden corresponder al ser humano y a todos los seres humanos"³⁰.

²⁷ Agustina Palacios, "Reinterpretando La Capacidad Jurídica Desde Los Derechos Humanos. Una Nueva Mirada Desde La Convención Internacional Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad," in *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una Revisión Desde La Convención Internacional Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad*, ed. Agustina Palacios and F. Bariffi (Buenos Aires: Ediar, 2012).

²⁸ Para Tobías, no es correcto hablar de una misma capacidad, pues entiende que existen profundas diferencias entre la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. Ver Tobías, "Tomo I. Arts. 1 a 224.," 204–6. Por nuestra parte, dejaremos abierto el punto para ulteriores reflexiones y asumiremos el enfoque civilista clásico para este trabajo.

²⁹ Tobías, "Tomo I. Arts. 1 a 224." p. 189.

³⁰ Hernán Corral Talciani, *Derecho Civil y Persona Humana* (Santiago de Chile: Lexis-Nexis, 2007).p. 34-35.

La capacidad de derecho se vincula, pues, con los bienes básicos con los que el ser humano está dotado para alcanzar su perfección y se ordena justamente al logro de los fines inherentes al ser humano. Aquí hay una conexión entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio. La capacidad se ejerce en función de los fines inherentes a la persona y para el logro de esos fines básicos.

Martínez de Aguirre analiza la cuestión desde otra perspectiva, que enriquece estas reflexiones. El jurista español explica que hay una dimensión estática (capacidad para tener derechos) y una dimensión dinámica de la capacidad (capacidad de obrar) y considera que “la expresión ‘capacidad jurídica’ tal y como la emplea el art. 12.2 (esto es, como capacidad legal) abarca tanto la dimensión estática como la dinámica... Y abarca ambas dimensiones sin confundirlas: no es que la capacidad de obrar haya quedado absorbida por la jurídica”³¹.

En el campo de la capacidad de derecho, existen restricciones a la capacidad que surgen como exigencias de justicia para la realización del bien común. Por ejemplo, en Argentina el artículo 1002 CCC prohíbe a los magistrados que sean titulares de derechos sobre bienes que están en litigio en su juzgado a fin de prevenir formas de corrupción que debilitan la justicia y así obstaculizan el bien común. Sería discriminatorio e injusto privar a una persona de un derecho por razón de su discapacidad.

Pero estas restricciones no son las que suelen discutirse cuando se trata de discapacidad. En realidad, el problema se plantea con la capacidad de ejercicio y las medidas que se adoptan en esta materia. El punto es que en la capacidad de ejercicio, no se anula el derecho, sino que se pone en juego cómo se lo ejerce. Y justamente, si se toma alguna medida sobre esa capacidad de ejercicio es para garantizar que la persona no se vea privada del derecho. Si una persona con discapacidad psíquica posee un derecho, pero no puede ejercerlo por su padecimiento mental, eso es una discriminación injusta. Y cuando decimos que no “puede ejercerlo”, estamos pensando en las situaciones graves en que existe una limitación en la aptitud de conocer y querer, por la existencia de una deficiencia psíquica.

No adoptar las salvaguardias que protegen a la persona con discapacidad psíquica constituiría un incumplimiento de las obligaciones emanadas de la CDPD.

De allí que podamos recapitular lo dicho afirmando:

- La CDPD introduce el término “capacidad jurídica” para englobar dos facetas: la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio.
- Las personas con discapacidad tienen derecho a una igualdad en su capacidad jurídica con las demás personas.
- La adopción de restricciones a la capacidad de derecho con fundamento en la discapacidad constituiría una discriminación.
- La adopción de medidas sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad tiene que seguir los lineamientos de los incisos 3, 4 y 5 del art. 12 CDPD y no constituye, en principio, una forma de discriminación si se toman las salvaguardias adecuadas.

³¹ Martínez de Aguirre, *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal*, 75.

5. Distintas visiones sobre la autonomía relacional

La vinculación entre autonomía y relacionalidad ha sido abordada en forma explícita por Silvers y Francis, dos autoras que comentan la CDPD³². Estudiar su propuesta y su visión ayuda a descubrir los puntos de acuerdo y las divergencias de fondo en esta materia.

Silvers y Francis proponen la adopción de un modelo que denominan de “autonomía relacional” para comprender los alcances del artículo 12. Estas autoras escriben en el marco del pensamiento liberal y procuran una crítica a las concepciones de Rawls y Nussbaum en relación al lugar que ocupan las personas con discapacidad.

Respecto a Rawls, las autoras critican que su teoría de la justicia no incluye a las personas que nunca fueron competentes para decidir y expresar su propio bien y cuyos puntos de vista no pueden contribuir a formular los principios de justicia. Estas personas serían vistas -en tal enfoque rawlsiano- como ciudadanos de segunda que no tienen la oportunidad de expresar sus concepciones sobre el bien.

Por su parte, las autoras critican el modelo liberal de Martha Nussbaum basado en las capacidades que la persona puede elegir ejercer para moldear su propia vida. En la visión de Nussbaum, cuando las personas no tienen la posibilidad de hacer sus propias opciones por alguna discapacidad, la respuesta apropiada es buscar un objetivo común y trabajar incansablemente para que todos lleguen al mínimo nivel de funcionamiento que se requiere para los ciudadanos de una sociedad justa. Para Silvers y Francis, el problema es que se impone un modelo único de qué significa el nivel mínimo de funcionalidad. Ellas proponen que se pueda formular de forma distinta el principio antes mencionado. La respuesta adecuada sería trabajar incansablemente para que cada persona con discapacidad cognitiva pueda alcanzar el rango de capacidades que constituye su propia visión del bien³³.

No significa ello que las personas con discapacidad no hayan sido consideradas en las teorías de justicia liberales. Pero para Silvers y Francis, estas personas han sido tratados en forma paternalista, de modo que sus vidas han sido conducidas de forma invasiva, incluso en los casos en que se asume un enfoque de bienestar³⁴.

Así, su propuesta consiste en brindar los apoyos a la persona con discapacidad para que pueda expresar su propia visión del bien, sin ser sustituida por la de su representante. Los apoyos ayudan a expresar esa visión, al modo como una pierna prostática permite

³² Anita Silvers and Leslie Pickering Francis, “Justice through Trust: Disability and the ‘Outlier Problem’ in Social Contract Theory,” *Ethics* 116, no. 1 (2005): 40–76, doi:10.1086/454368; Anita Silvers and Leslie Pickering Francis, “Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency,” *Social Theory & Practice* 33, no. 2 (2007): 311–35, doi:10.5840/soctheorpract200733229; Anita Silvers and Leslie Pickering Francis, “Thinking about the Good: Reconfiguring Liberal Metaphysics (or Not) for People with Cognitive Disabilities,” *Metaphilosophy* 40, no. 3–4 (2009): 465–98.

³³ Silvers and Francis, “Thinking about the Good: Reconfiguring Liberal Metaphysics (or Not) for People with Cognitive Disabilities,” 484.

³⁴ *Ibid.*, 478.

ejercer la función del miembro faltante³⁵. Entonces, estamos ante una autonomía relacional pero que se expresa como la posibilidad de proyectar sus propios bienes personales con la ayuda de apoyos para que se cumplan las exigencias de la teoría liberal de la justicia.

Silvers y Francis abordan el problema del peligro de explotación. Al respecto, sugieren como respuesta: tener en cuenta que los que toman decisiones y tratan de construir la voluntad de la persona, son personas de su máxima confianza y que él ha elegido³⁶. También señalan que en el caso que una decisión parezca apartarse de las expectativas de lo que hubiera querido la persona, se deben implementar mecanismos para controlar la intervención del apoyo, como los que exigen clara y convincente evidencia de la conveniencia de la decisión, o bien que invierten la carga de la prueba para que el apoyo demuestre la razonabilidad de lo que se plantea.³⁷

Justamente en este punto, Silvers y Francis enfatizan que la búsqueda de la decisión correcta no se puede basar en una teoría objetiva del bien, sino que debe buscarse información sobre la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.³⁸

En el fondo, estas posturas radicalizan la visión de la CDPD en tanto ya ni siquiera existe una cierta racionalidad común a la convivencia de las personas humanas.

Para valorar estas posturas, lógicamente, entramos en el campo de la filosofía del derecho y de una valoración de las distintas teorías de la justicia. En nuestro caso, como deudores de una filosofía iusnaturalista, realista, tenemos acuerdos y divergencias con estas posturas. Como enseña Vigo, una de las notas propias del iusnaturalismo es el cognitivismo ético-jurídico que significa que “la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ético-jurídicas implicadas en las conductas humanas”³⁹.

Entre los puntos de acuerdo se encuentra el valor asignado a la relacionalidad y la importancia de la sociabilidad para el desarrollo personal. Es decir, no somos seres aislados unos de otros, sino que estamos profundamente conectados, por principios de solidaridad y subsidiariedad, que tienen consecuencias jurídicas concretas.

El punto clave es si el bien al que la persona tiende surge de su propia subjetividad o bien si existe un cierto bien que es independiente de la experiencia subjetiva. Es decir, para Silvers y Francis, como no hay una visión de bien objetiva, toda visión de bien es válida, incluso la que postula la persona con discapacidad psíquica. Este punto supone un relativismo gnoseológico que priva al derecho de bases fuertes e ingresa en el terreno de lo negociable y mudable. Está en juego la visión que tenemos sobre el derecho y sobre el conocimiento. La formulación de la autonomía relacional que realizan Silvers y Francis, parte de una posición no cognitivista y por tanto relativista. En este punto disentimos con

³⁵ Ibid., 485.

³⁶ Silvers and Francis, “Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency,” 327.

³⁷ Ibid., 327–28.

³⁸ Ibid., 328.

³⁹ Rodolfo Vigo, “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un Alegato Iusnaturalista),” *Prudentia Iuris* 62–63 (2007): 56, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=prudentia62-63>.

ellas y esta diferencia se proyecta en la forma de concebir el bien de las personas con discapacidad.

El problema es que si entendemos que no hay criterios objetivos para valorar si una decisión es correcta o incorrecta, entonces también podemos preguntarnos por qué existe una necesidad de dictar una Convención especial para las personas con discapacidad y establecer apoyos y salvaguardias. Si no existe ninguna desventaja objetiva y todo se mide en función de los criterios personales, no hay justificación para las disposiciones sobre apoyos y salvaguardias.

Como dice Carlos Massini Correas, “las doctrinas liberales no pueden en general justificar racionalmente los deberes y derechos de solidaridad en razón de su negativa a reconocer la existencia de bienes intrínsecamente comunes”⁴⁰.

Las tensiones que subyacen en este punto también se vinculan con la misma noción de dignidad. Si la dignidad es entendida como el valor que posee la persona por su capacidad de autonomía, entonces la única exigencia de justicia que se desprendería de la dignidad sería respetar la voluntad y preferencia de la persona. En cambio, si entendemos la dignidad en su sentido ontológico, como excelencia en el ser, junto con el necesario respeto a la libertad de la persona, existe una valoración objetiva de su ser que nos mueve a intervenir para resguardar su bien, especialmente si presenta una vulnerabilidad que le impide expresarse.

Como afirma Martínez de Aguirre, “la dignidad las personas afectadas por ella [la discapacidad psíquica], o por cualquier otra discapacidad, física o sensorial, no depende de esa deficiencia: la dignidad de una persona no estriba en que vea, en que oiga, en que pueda andar por su propio pie, o en que pueda conocer y querer; quien carece de la capacidad de tomar decisiones tiene la misma dignidad que quien puede tomarlas... La dignidad de cualquier persona (de toda persona) deriva simplemente de que es un ser humano, que es valioso por sí mismo con independencia de sus capacidades (o discapacidades) físicas, sensoriales o psíquicas”⁴¹.

Otro factor importante es que en nuestro enfoque de la capacidad de ejercicio subyace una visión subsidiaria de la sociabilidad humana, que considera que los entes “mayores” no deben avocarse a intervenir en aquello que los entes más cercanos a la persona pueden resolver. Seguimos un orden que podríamos enumerar así: persona, familia, asociaciones intermedias, estado. A su vez, cuando los entes “menores” no logran por sí mismos cumplir todas sus tareas, es legítimo que haya una ayuda de los entes mayores, que es por tanto subsidiaria. Este principio de subsidiariedad favorece la actuación de los apoyos naturales de la persona con discapacidad, como son su familia y amigos íntimos, y limita la intervención estatal a lo estrictamente necesario para que esos grupos primarios puedan cumplir con su misión propia.

⁴⁰ Carlos I. Massini-Correas, “¿Existen Derechos de Solidaridad? La Tradición Clásica y Las Propuestas Liberales,” *Prudentia Iuris* 0, no. 86 (December 7, 2018): 206, <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/1487/1407>.

⁴¹ Martínez de Aguirre, *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal*, 38–39.

En síntesis, creemos que es necesario enfatizar la dimensión relacional de la persona, pero a partir de una base objetiva y fuerte, que permita contar con criterios estrictos para valorar las conductas debidas a la persona con discapacidad, especialmente en razón de su vulnerabilidad.

6. ¿Una autonomía absoluta?

Como hemos adelantado, algunas posturas extremas sostienen que siempre tiene que ser la persona con discapacidad la que tome la decisión, aunque ella misma tenga una deficiencia psíquica de base que le afecte el conocer y el tener, o bien que no pueda expresarse por ningún medio. Son las posturas que postulan una autonomía absoluta.

El Comité considera que “negarle” capacidad jurídica a una persona es contrario a la Convención. Ello es cierto. Pero también es cierto que la CDPD contempla que se adopten medidas en relación a la capacidad de ejercicio, acompañadas de las adecuadas salvaguardias. Como hemos visto, no adoptar medidas de protección ante la posibilidad previsible de que una persona, en razón de sus deficiencias mentales o intelectuales, ejerza su capacidad de forma perjudicial a sus intereses conduciría a “negarle” a la persona la misma capacidad de derecho. Es decir, si no puede ejercer un derecho por sí, en razón de la deficiencia mental o intelectual que padece, se verá privado del derecho.

Un punto de debate está dado por la idea de que es imposible saber con objetividad cuál es el criterio racional de actuación de una persona humana. El argumento aparece esbozado en la Observación General nro. 1, donde se señala que es “incorrecto” tomar decisiones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica en base a “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente”, “por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley”.⁴²

Ahora bien, resulta llamativo que se afirme que no se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana para sostener que siempre la persona debe ejercer por sí misma todos los derechos, cuando la misma Convención utiliza el término “deficiencias” para caracterizar a las personas con discapacidad: “*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 1 CDPD). Como sostiene Martínez de Aguirre, “el problema es la presencia de una discapacidad mental o intelectual, porque estas discapacidades afectan precisamente al proceso interno de toma de decisiones, y al propio acto de tomar la decisión”⁴³. Por

⁴² *Ibidem.*; Apartado II; punto 15.

⁴³ Martínez de Aguirre, Carlos, “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en “Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad”, Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo (Directoras), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 257.

supuesto, reconocemos que existe una heterogeneidad de situaciones en relación a la discapacidad psíquica y por ello habrá distintos niveles de intensidad de las medidas a adoptar. Pero es indudable que existe una situación de base que requiere apoyos y, eventualmente, también protección contra abusos, conflictos de intereses e influencia indebida.

De hecho, en el n. 29 de la Observación General nro. 1, el Comité reitera su posición en contra de las evaluaciones de la capacidad mental, pero no explicita cómo se deciden los apoyos: “La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo”⁴⁴.

La acentuación de una autonomía individual absoluta para la toma de decisiones y el desarrollo del proyecto de vida entraña el riesgo de una mayor desprotección de las personas con discapacidad psíquica y de un desconocimiento de la natural vulnerabilidad, dependencia y relacionalidad en la que se despliega la personalidad humana en cualquiera de sus etapas. La idea de autonomía absoluta para personas con discapacidad psíquica, excluyendo cualquier tipo de medida de limitación de su capacidad de ejercicio, resulta problemática por ejemplo ante la amenaza que significan personas inescrupulosas que pretendieran abusarse de la vulnerabilidad de la persona con discapacidad para quedarse con sus bienes. Por supuesto, la materia admite matices y grados, pero en ciertos casos hace falta adoptar medidas de protección y no basta el simple criterio de autonomía.

En las posturas que absolutizan la autonomía, parece subyacer una visión contractualista que sospecha de toda relacionalidad que no nazca de la decisión pactada y se debilitan los vínculos relacionales y sociales solidarios. De alguna manera, en convergencia con el esquema racionalista de la codificación, un enfoque individualista de la capacidad considera la dimensión relacional como algo que sólo surge de la decisión autónoma y personal y recorta a la persona de sus relaciones fundamentales, para analizar al sujeto autónomo y libre que tiene que tomar decisiones sin interferencias ni injerencias de ningún tipo.

Ahora bien, paradójicamente, los mismos instrumentos internacionales que vienen a superar los enfoques formalistas de la personalidad jurídica propios de la codificación, con su énfasis puesto en la autonomía terminan generando las condiciones jurídicas para un resurgimiento de un individualismo radical contractualista que puede conducir a nuevas formas de desprotección.

Por eso entendemos que es necesaria una lectura integral de la CDPD para incorporar la dimensión relacional de la persona humana. Y en razón de esa relacionalidad, se pueden adoptar medidas sobre la capacidad de ejercicio de una persona, en la medida que respeten los principios de proporcionalidad, de legalidad y de intervención judicial. Como dice Martínez de Aguirre, “la intervención legal sobre las posibilidades de actuación -acudiendo a la expresión más clásica, sobre la capacidad de obrar- debe estar sujeta a

⁴⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1, 2014, CRPD/C/GC/1, n. 29.

cauteladas dirigidas a asegurar que solo se produce cuando es necesaria, y en beneficio del propio sujeto cuya capacidad de obrar se ve afectada”⁴⁵.

Otra dimensión en la que la idea de autonomía absoluta muestra sus límites es la referida a la idea de una ayuda por parte del Estado para la plena integración. Así, Arstein-Kerslake entiende que el derecho a la capacidad jurídica no significa una preferencia por la autonomía por encima de todos los otros derechos y necesidades de la persona ni conlleva una remoción neoliberal de toda asistencia patrocinada por el Estado para las personas que necesitan apoyos para la toma de decisiones⁴⁶.

Si no existe la posibilidad de proteger a la persona ante actos que podrían ser perjudiciales para sí mismo, en razón de la presencia de una discapacidad, nos encontraríamos en una sociedad indolente, que desconoce los vínculos de solidaridad. La convivencia social supone una solidaridad. Además, ¿qué sentido tendría la Convención si no existe un deber de los Estados Parte de adoptar medidas de protección? Si no hay deberes de solidaridad, ¿cuál es el fundamento de los deberes que la CDPD coloca en cabeza de la sociedad y los Estados Parte? ¿Por qué brindarle “apoyos” a una persona si presuponemos que puede ejercer por sí los derechos? Si hay algún tipo de obligatoriedad del apoyo o la salvaguardia, estamos ante una medida que se impone a la persona y que sólo se puede justificar por razones de solidaridad y bien común. No nos podemos desentender del problema de las personas con discapacidad. Si no hubiera ninguna necesidad de intervención jurídica, entonces la CDPD no tendrían razón de ser.

7. La vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual y su protección en el ordenamiento jurídico

Una última referencia que queremos introducir es la de vulnerabilidad. Vulnerable es la persona que puede ser herida, afectada física o moralmente⁴⁷. Así, sobre todo a partir del trabajo de Martha Fineman, se han expandido los estudios sobre la vulnerabilidad, surgiendo una perspectiva que se alega presenta una triple ventaja: “a) un nuevo vector de análisis de la igualdad; b) una nueva forma de empatía con los que más sufren; y c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo”⁴⁸.

La vulnerabilidad es un concepto englobante que comprende a varias situaciones, ya sea estables como transitorias. En su perspectiva jurídica, es un concepto que reclama tanto medidas de acción positivas como medidas hermenéuticas⁴⁹. En tal sentido, bajo esta perspectiva de la vulnerabilidad se impulsan acciones para promover y garantizar derechos, en una multiplicidad de ámbitos, que van desde los temas carcelarios, hasta la protección

⁴⁵ Martínez de Aguirre, *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal*, 50.

⁴⁶ Arstein-Kerslake, “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity,” 80..

⁴⁷ Fulchiron, «Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables», p. 3.

⁴⁸ Basset, «La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», p. 20.

⁴⁹ Ibid.

contra la violencia, pasando por prevenir la discriminación, y favorecer el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y políticos.

En tal amplio espectro, creemos que puede ser bueno redescubrir que detrás de las disposiciones que regulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se encuentra la preocupación por su vulnerabilidad y por dar respuestas eficaces y solidarias que contribuyan a que puedan desplegarse en sociedad en forma plena y efectiva.

La vulnerabilidad de las personas con discapacidad puede tener múltiples causas. Las medidas de protección tiene que ser acomodadas a cada caso y la perspectiva de la vulnerabilidad nos ofrece un valioso e indispensable instrumento para tal personalización de las salvaguardias en materia de capacidad, pues junto con el objetivo de garantizar una dignidad que pueda expresarse con libertad, también queremos hacernos cargo del otro para prevenir que sufra daños en razón de condiciones que lo dejan expuesto a sufrir heridas.

De hecho, si tomamos el caso de Argentina, podríamos decir que la perspectiva de la vulnerabilidad está presente en la regulación civil de la capacidad de ejercicio, en tanto se exige para la adopción de medidas sobre la capacidad de una persona que exista un riesgo de daño a su persona o a sus bienes. En la misma línea, el artículo 12 de la CDPD señala que las salvaguardias se adoptan para evitar abusos que puedan sufrir las personas con discapacidad.

De allí que podamos sostener que la vulnerabilidad de la persona, en conjunción con otros factores, como la inmadurez por la corta edad, o la presencia de adicciones o alteraciones mentales, permanentes o prolongadas, sea uno de los elementos que deben guiar las regulaciones civiles sobre capacidad de ejercicio. En tal caso, nos estamos guiando por una perspectiva que busca la empatía y el encuentro con el otro, que no se reduce a una visión individualista de la sociedad, sino que se esfuerza por buscar caminos para que todos puedan desarrollar su dignidad, en comunidad.

Bibliografía

Arstein-Kerslake, Anna. “An Empowering Dependency: Exploring Support for the Exercise of Legal Capacity.” *Scandinavian Journal of Disability Research* 18, no. 1 (2016): 77–92. doi:10.1080/15017419.2014.941926.

Bach, Michael. “The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.” Toronto: Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009. http://www.supportedemployment.ca/en/images/employment-program-best-practices_iris.pdf%5Chttp://irisinstitute.files.wordpress.com/2012/01/the-right-to-legal-capacity-under-the-un-convention_cr.pdf.

Basset, Ursula Cristina. “La Vulnerabilidad Como Perspectiva: Una Visión Latinoamericana Del Problema. Aportes Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” In *Tratado de La Vulnerabilidad2*, edited by Ursula Cristina Basset,

- Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, and Jorge Nicolás Lafferriere, 19–40. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2017.
- Berbere Delgado, Jorge C. “La Salud Mental y La Discapacidad. La Igualdad Como Principio y Su Equilibrio Con La Protección.” *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas* Septiembre (2014): 184.
- Corral Talciani, Hernán. *Derecho Civil y Persona Humana*. Santiago de Chile: Lexis-Nexis, 2007.
- Devandas Aguilar, Catalina. “Informe de La Relatora Especial Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad Ante Consejo de Derechos Humanos de La ONU En El 34° Período de Sesiones.” Vol. A/HRC/34/5, 2017. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>.
- Flynn, Eilionóir, and Anna Arstein-Kerslake. “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?” *Berkeley Journal of International Law* 32, no. 1 (2014): 124–43. doi:10.15779/Z38494G.
- Fulchiron, Hugues. “Acerca de La Vulnerabilidad y de Las Personas Vulnerables.” In *Tratado de La Vulnerabilidad*, edited by Úrsula Cristina Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, and Jorge Nicolás Lafferriere, 3–14. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2017.
- Giavarino, Magdalena B., Balmaceda, Mónica P., “La consideración del sistema de "apoyos" como recurso autónomo”, DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 152.
- Kraut, Alfredo J. “Derecho y Salud Mental. Hacia Un Cambio de Paradigma.” *La Ley*, no. 6-6-2012 (2012): 1.
- Lafferriere, Jorge Nicolás. “Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 38, enero-junio 2020: 51-87. doi: 10.18601/01234366.n38.03.
- Martínez de Aguirre, Carlos. *El Tratamiento Jurídico de La Discapacidad Psíquica: Reflexiones Para Una Reforma Legal*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- . “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en “Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad”, Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo (Directoras), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- Massini-Correas, Carlos I. “¿Existen Derechos de Solidaridad? La Tradición Clásica y Las Propuestas Liberales.” *Prudentia Iuris* 0, no. 86 (December 7, 2018): 191–208. <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/1487/1407>.

- Muñiz, Carlos. “Algunas Precisiones Sobre La Noción de Apoyo a Las Personas Con Discapacidad.” *Revista de Derecho de Familia y de Las Personas* XI, no. 1 (2019): 145–57.
- Palacios, Agustina. “Reinterpretando La Capacidad Jurídica Desde Los Derechos Humanos. Una Nueva Mirada Desde La Convención Internacional Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad.” In *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una Revisión Desde La Convención Internacional Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad*, edited by Agustina Palacios and F. Bariffi. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- Peyrano, Guillermo F., Lafferriere, Jorge Nicolás, "Restricciones a la capacidad", Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2016.
- Quinn, Gerard. “Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD.” In *HPOD Conference, Harvard Law School*, 22. Boston, 2010. http://www.nuigalway.ie/cdlp/staff/gerard_quinn.html.
- Salas Murillo, Sofía de. “Significado Jurídico Del «apoyo En El Ejercicio de La Capacidad Jurídica» de Las Personas Con Discapacidad: Presente Tras Diez Años de Convención.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, no. 5 (2018): 1–32.
- Silvers, Anita, and Leslie Pickering Francis. “Justice through Trust: Disability and the ‘Outlier Problem ’in Social Contract Theory.” *Ethics* 116, no. 1 (2005): 40–76. doi:10.1086/454368.
- . “Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency.” *Social Theory & Practice* 33, no. 2 (2007): 311–35. doi:10.5840/soctheorpract200733229.
- . “Thinking about the Good: Reconfiguring Liberal Metaphysics (or Not) for People with Cognitive Disabilities.” *Metaphilosophy* 40, no. 3–4 (2009): 465–98.
- Tobías, José W. “Tomo I. Arts. 1 a 224.” In *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exégetico*, edited by Jorge Horacio (Director) Alterini and Ignacio (Coordinador) Alterini, 2da., 1–1342. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Vigo, Rodolfo. “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un Alegato Iusnaturalista).” *Prudentia Iuris* 62–63 (2007): 43–102. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=prudentia62-63>.