

CAPÍTULO 4

Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la "capacidad para la toma de decisiones"

Michael Bach*

* Director general del IRIS – Institute for Research and Development on Inclusion and Society, y profesor adjunto de Estudios sobre discapacidad en la Universidad de Ryerson, Toronto, Canadá.

SUMARIO: I. Introducción; II. Capacidad jurídica: enfoques dominantes y crítica; III. Reformular el principio de "respeto de autonomía" para un enfoque inclusivo de la capacidad jurídica; IV. La alternativa a la "capacidad de tomar decisiones": conceptos clave; V. Conclusiones.

I. Introducción

La capacidad jurídica es el poder para ejercer la elección y el control en las decisiones sobre la vida de una persona, incluidas las decisiones sobre su vida personal, relaciones, atención médica y finanzas o bienes. Las personas con discapacidades psicosociales, cognitivas y del desarrollo pierden de manera sistemática y rutinaria su capacidad jurídica cuando la autoridad legal recae en otras personas para tomar decisiones en su nombre a través de la tutela o la toma de decisiones por sustitutos. También pierden poder sobre sus vidas de manera más informal a través del paternalismo cotidiano o, peor aún, a través de la violencia, el control y el abuso que experimentan en tasas desproporcionadamente altas. El supuesto de que debido a la discapacidad algunas personas simplemente no tienen las habilidades cognitivas para ejercer elección y control sobre sus vidas, o que son menos que humanos, es la raíz del capacitocentrismo que moldea de forma generalizada sus vidas. Las personas con discapacidad se han visto sometidas, violentadas y perjudicadas por estos supuestos

capacito-centristas durante siglos, que son la base de la justificación legal y social para eliminar la capacidad jurídica de las personas.

Esta realidad de exclusión estructural que tantas personas con discapacidad experimentan está en conflicto directo con la igualdad de derechos para ejercer la capacidad jurídica, que se reconoce en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en adelante CDPD— sobre "el igual reconocimiento ante la ley".¹ El artículo 12 reconoce el derecho a tener y ejercer capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, sin discriminación por motivo de discapacidad. También reconoce que los Estados partes tienen la obligación de asegurar que las personas tengan acceso a los apoyos que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, en función de sus derechos, voluntad y preferencias, así como la ausencia de coacción e influencia indebida.

Con el fin de desarrollar leyes, políticas y respuestas prácticas efectivas para reconocer y promover el derecho de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, es necesario desarrollar una alternativa a los enfoques dominantes de la capacidad jurídica que justifican regímenes restrictivos y excluyentes de la capacidad jurídica. En este capítulo se desarrolla un enfoque de "capacidad de tomar decisiones" en el que se puede basar un régimen alternativo de capacidad jurídica, coherente con el artículo 12 de la CDPD.

El capítulo está organizado en tres secciones principales. En la sección II se revisan brevemente los enfoques dominantes de la capacidad jurídica, que según el Comité CDPD, violarían lo dispuesto en la CDPD. Después, en la parte III, se explora una reconstrucción de la "versión estándar" del

¹ ONU, Asamblea General, Convención sobre las Personas con Discapacidad, A/RES/61/106, 13 de diciembre de 2006. Disponible en <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2.html>>.

principio de respeto de autonomía en el que se basan los enfoques dominantes de capacidad jurídica. Finalmente, en la parte IV se recurre a una reconstrucción para articular un enfoque alternativo de las condiciones para la capacidad jurídica —el enfoque de la "capacidad de tomar decisiones"— y se examinan sus conceptos clave.

II. Capacidad jurídica: enfoques dominantes y crítica

El Comité CDPD define el derecho a ejercer la capacidad jurídica en su Observación General sobre el artículo 12 de la siguiente manera: "La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin".² Posteriormente, el Comité identificó dos componentes de la capacidad jurídica:

La capacidad jurídica [...] tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley [...] La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad.³

El presente capítulo se centra en el segundo componente del derecho a ejercer la capacidad jurídica, identificado como legitimación para actuar, que significa ser reconocido como un actor legal en el marco del sistema jurídico.

1. Enfoques dominantes de la capacidad jurídica

La arquitectura jurídica y política subyacente al reconocimiento de la capacidad jurídica en la mayoría de las jurisdicciones de todo el mundo

² Comité CDPD, Observación General Núm. 1, art. 12, párr. 12; igual reconocimiento ante la ley", 2014. Disponible en <<http://daccess-dds-nyun.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>.

³ *Ibid.*, párr. 14.

refleja lo que se puede denominar como "enfoques dominantes" para definir dicha capacidad. Estos enfoques definen las condiciones de su ejercicio y la base para restringir o denegar a una persona el derecho a ejercerla. El "enfoque basado en la condición" restringe el ejercicio de la capacidad jurídica en función de una identidad, una condición o un diagnóstico relacionado con discapacidad. El "enfoque basado en los resultados" restringe la capacidad jurídica en función de una valoración que supone que una persona con una condición de discapacidad esté actuando, o va a actuar, de un modo en el que se perjudique a sí misma o a terceros. El "enfoque cognitivo/funcional" restringe a una persona del ejercicio de su capacidad jurídica según una valoración que supone que esta carece de las habilidades cognitivas y funcionales necesarias para tomar decisiones de manera independiente.

Aunque por lo general hay una presunción jurídica de que una persona tiene capacidad cognitiva para ejercer la legitimación para actuar en cualquier situación, ya sea que una persona efectivamente alcance el umbral requerido, otros terceros pueden cuestionarlo; y estas controversias suelen ser objeto de mucha jurisprudencia. Con el fin de responder a estas controversias, y de ofrecer orientación a las y los profesionales para determinar si una persona tiene las capacidades cognitivas consideradas jurídicamente necesarias para tomar una decisión, se han desarrollado diversas directrices y herramientas de evaluación de capacidad.

Por ejemplo, las Directrices para realizar evaluaciones de capacidad —*Guidelines for Conducting Assessments of Capacity*— de Ontario dejan en claro que el umbral para alcanzar la capacidad jurídica es, "en esencia, una función cognitiva".⁴ Las directrices demarcan este enfoque cognitivo a través de una "definición de dos partes". Dígase, el tener la capacidad para "comprender" y para "apreciar", incluidas las "habilidades cognitivas

⁴ Fiscalía General de Ontario, n. 3, sección 1.1. "Guidelines for Conducting Assessments of Capacity", Toronto, 2005. Disponible en <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/capacity/2005-06/guide-0505.pdf>>.

para captar objetivamente y retener información"; la "capacidad de expresarse"; "tener conocimientos básicos de su situación financiera, médica o personal, y estar al tanto de las cuestiones urgentes que se requieren para la toma de decisiones"; y "suficiente capacidad intelectual y cognitiva para procesar y asimilar información sobre las opciones disponibles para responder a las exigencias particulares que enfrenta".⁵ El criterio de "apreciación" se define como "la naturaleza evaluativa de la toma de decisiones competente, y refleja la atribución de significado personal a los hechos de una situación determinada".⁶ El requisito es que los "individuos no solo poseen la capacidad intelectual y cognitiva para comprender objetivamente información, sino que también deben ser capaces de manipular racionalmente esta información y valorarla con base en la realidad".⁷ La valoración de apreciación se centra en "el proceso de razonamiento detrás de las decisiones del individuo" y los "pesos personales particulares que la persona atribuye a un resultado u otro".⁸

En una revisión exhaustiva de las herramientas de evaluación de capacidad en el contexto canadiense,⁹ Deborah O'Connor observa que el enfoque cognitivo, con su énfasis en "ser capaz de expresar deseos, comprender los riesgos y beneficios pertinentes, apreciar las ramificaciones de una decisión, y pensar racionalmente [...] es fundamental para el desarrollo de muchas, sino no todas, las herramientas de evaluación".¹⁰ La revisión confirma la tendencia hacia este enfoque para evaluar la capacidad para tomar decisiones en varios ámbitos —atención médica, finanzas, participación en estudios, etcétera. La dimensión "funcional" del enfoque cognitivo-funcional se centra en el "comportamiento observable, y se presta

⁵ *Ibid.*, sección II.3.

⁶ *Ibid.*, sección, II.4.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ V. O'Connor, D., *Incapacity Assessments: A Review of Assessment and Screening Tools: Final Report*, elaborado por Public Guardian and Trustee of British Columbia, p. 6, 20 de abril de 2009. Disponible en <https://chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.llbc.leg.bc.ca%2Fpublic%2Fpubdocs%2Fbcdocs2013%2F529358%2Fincapability_assessments_review_assessment_screening_tools.pdf&rcLen=366630&chunk=true>.

¹⁰ *Ibid.*, p. 6.

atención a los comportamientos medibles y adaptables que el adulto demuestra en su vida cotidiana". Juntas, estas dimensiones evalúan si una "persona es capaz de tomar la decisión [...] si la persona es capaz de implementar y adaptar dichas decisiones".¹¹

2. Crítica de los enfoques dominantes por parte del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

De una u otra manera, todos estos enfoques usan características específicas de la discapacidad para denegar sistemáticamente a determinadas personas con discapacidad la oportunidad de ejercer su capacidad jurídica. En su Observación General, al interpretar el significado del artículo 12 y las obligaciones que requiere por parte de los Estados partes, el comité considera que le denegación de la capacidad jurídica que estos enfoques dominantes justifican es discriminatoria:

En todos estos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.¹²

El Comité CDPD deja claro que el uso de habilidades cognitivo-funcionales, la condición fundamental para disfrutar la capacidad jurídica viola los derechos y las obligaciones reconocidas en el artículo 12. Exigir que las personas tomen decisiones de manera independiente y cumplan un criterio normativo de comportamiento y funcionen por su cuenta no puede dar cuenta de las diversas habilidades cognitivas y capacidades funcionales de muchas personas con discapacidades más significativas.

¹¹ *Ibid.*, p. 6.

¹² Comité CDPD, Observación General Núm. 1, art. 12, párr. 15.

Sin embargo, la observación general no articula un enfoque alternativo para definir las condiciones bajo las que este grupo ejercería su capacidad jurídica, aparte de que los Estados partes deben reconocer los apoyos para la toma de decisiones y garantizar el acceso a dichos apoyos cuando sea necesario, conforme al artículo 12.3. ¿Pero qué significa decir que se "requieren" apoyos en algunas circunstancias y cómo pueden los "apoyos" para la toma de decisiones abordar situaciones en las que una persona, incluso con cualquier comunicación disponible y otro tipo de apoyo, no pueda cumplir con los requisitos cognitivos que la ley establece en muchas jurisdicciones para tomar decisiones con consecuencias jurídicas? La observación general señala que todos estos requisitos violan la CDPD, pero no ofrece ninguna alternativa coherente.

A falta de dicha alternativa, el Comité CDPD es incapaz, por ejemplo, de proporcionar una orientación clara sobre cómo permitir que las personas con discapacidades intelectuales o cognitivas importantes den consentimiento informado en el contexto de la toma de decisiones sobre salud. Señala que los "Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento".¹³ Pero la teoría de autonomía que subyace al principio de consentimiento informado requiere que una persona supere las pruebas cognitivas de capacidad como una condición para que se respete su autonomía. Al parecer, la observación general no ofrece una salida de lo que parecen ser requisitos contradictorios. Resolver las contradicciones requiere examinar críticamente lo que aquí llamo la "versión estándar" de autonomía, en la que se basan el derecho a ejercer la capacidad jurídica y el principio de consentimiento informado. Empecemos por lo que implica la versión estándar.

¹³ *Ibid.*, párr. 41.

3. El principio del respeto de la autonomía subyacente a los enfoques dominantes

En su observación general, el comité señala categóricamente que los regímenes de tutela y toma de decisiones por sustitutos deben reemplazarse por la toma de decisiones con apoyos que respeta la autonomía de la persona:

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben "examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.¹⁴

El reto con este imperativo es que parecería desconectar el reconocimiento de la capacidad jurídica de sus bases fundadas en el principio de respeto de la autonomía como suele formularse. En su versión estándar, la capacidad cognitiva es fundamental para el entendimiento de lo que es precisamente la autonomía. Asociadas con esta están las habilidades consideradas necesarias para tomar decisiones, como tener conocimientos sobre las circunstancias de uno, deliberar sobre qué valores y preferencias son más importantes en la decisión, comprender qué pasos prácticos tienen que adoptarse para lograr el propósito de uno dadas las circunstancias y ser capaz de considerar las opciones y las consecuencias de tomar una decisión sobre otra. Como se explicó antes, estas habilidades cognitivas se consideran esenciales para la formulación habitual del principio de respeto de la autonomía y, por lo tanto, se adaptan a los requisitos habituales para el ejercicio de la capacidad jurídica.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 26.

¿Cómo se formula de manera tan fundamental la versión estándar del principio de autonomía para las habilidades cognitivas centrales? A menudo se cita la versión de Tom Beauchamp y James Childress, que define la autonomía como "autogobierno que está libre de la interferencia controladora de otros y de limitaciones, como la falta de comprensión adecuada, que impiden una elección significativa".¹⁵ La elección significativa se equipara a tener ciertas habilidades cognitivas en su formulación. La acción autónoma, según argumentan, tiene lugar cuando una persona actúa: "(1) intencionalmente, (2) con entendimiento y (3) sin controlar las influencias que determinan su acción".¹⁶

Esta versión estándar se encuentra de una u otra forma en diversas declaraciones y directrices sobre el respeto de la autonomía y la capacidad jurídica, y se ve reflejada, por ejemplo, en las Directrices de Ontario. Claramente requiere que una persona sea capaz de superar la prueba de comprensión y apreciación, tal como se define, por sí misma, incluso con algunos apoyos y ajustes que le permitan superar la prueba. Eliminar la prueba cognitiva de capacidad jurídica parecería renunciar a esta formulación de autonomía. ¿Dónde nos deja esto para promover la autonomía de las personas con discapacidades intelectuales o cognitivas más significativas si no son capaces de satisfacer las premisas más básicas de esta formulación?

III. Reformular el principio de "respeto de autonomía" para un enfoque inclusivo de la capacidad jurídica

Si la observación general establece que reconocer la capacidad jurídica ya no se trata de respetar la autonomía en el sentido convencional, ¿sobre qué bases descansaría este principio de ética biomédica? Un enfoque de capacidad jurídica compatible con el artículo 12 parecería desvincularse

¹⁵ Beauchamp T. L. y Childress, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 99.

¹⁶ *Ibid.*, p. 101.

de sus fundamentos éticos a menos que pueda formularse una comprensión más exagerada de la autonomía, una que se despoje de sus asociaciones exclusivamente cognitivas. El objetivo de esta sección es presentar un esbozo de dicha reformulación.

1. Crítica de la versión estándar de autonomía

Pese a su aplicación casi universal en la ética biomédica y sus implicaciones para la regulación de la capacidad jurídica, hay cada vez más críticas a la versión estándar de la autonomía, precisamente porque esta formulación está tan arraigada en supuestos individualistas, atomísticos y cognitivos sobre lo que constituye la agencia humana. La perspectiva de la "autonomía relacional" apunta a las relaciones y estructuras jurídicas, sociales y económicas que afectan directamente a las capacidades autónomas.¹⁷ Esta perspectiva se pregunta: ¿quién toma decisiones totalmente por su propia cuenta? Tomamos nuestras decisiones intersubjetivamente, en relación con los demás.

Otras versiones muestran la manera en que las relaciones sociales patológicas pueden afectar a la autonomía y la "capacidad mental" de una persona,¹⁸ y la manera en que las condiciones sociales y económicas dominantes de desventaja, falta de respeto, exclusión y falta de apoyos necesarios pueden operar para influir en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Por ejemplo, hay cada vez más preocupación sobre la forma en que estas condiciones de desventaja pueden presionar a las personas con discapacidad para solicitar asistencia médica para morir en jurisdicciones como Canadá, que ahora presta este servicio si se tiene una discapacidad y se hace una valoración subjetiva del sufrimiento, para las personas que no tienen una enfermedad terminal ni están al

¹⁷ Cf. Nedelsky, J., *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.

¹⁸ Cf. Hall, M. I., "Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy and Vulnerability", 58:1 *McGill LJ* 2012, 61 en 63.

final de sus vidas.¹⁹ De hecho, cada vez está más demostrado que este es el caso.²⁰

La versión estándar también se ha criticado debido a que en realidad nadie cumple con los requisitos del "yo racional" sobre los que parece basarse esta versión. En su lugar, somos sujetos personificados, determinados por la identidad de género y otros factores culturales y de otro tipo, y motivados por impulsos y deseos a menudo inconscientes.²¹

2. Resucitar el principio: la "teoría de la planificación" de lo que significa respetar la autonomía

¿Puede el principio del respeto de la autonomía resucitar de sus bases individualistas? A través de una serie de estudios en las últimas tres décadas, Michael Bratman desarrolló lo que llama una "teoría modesta" de la voluntad autónoma de una persona para abordar las limitaciones de la versión estándar del principio de respeto de autonomía, en la que sugiere que en su lugar aspiremos a lo que él llama una "teoría de la planificación" de la autonomía y agencia.²² Su teoría de la planificación concede legitimación para actuar a la persona cuya voluntad y preferencias tienen prioridad para guiar la toma de una decisión y que tiene planes para su consecución. Se basa en el entendimiento de que, en un mundo cada vez más complejo, ninguna persona puede procesar los volúmenes de información que son potencialmente pertinentes para comprender y apreciar

¹⁹ V. Beaudry, J. S., "The Way Forward for Medical Aid in Dying: Protecting Deliberative Autonomy is Not Enough", 85 SCLR (2^d) 331, 2018.

²⁰ V. Vulnerable Persons Standard, "Several Medical Assistance in Dying & the Inducements of Social Deprivation". Disponible en <<https://chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3a%2F%2Fstatic1.squarespace.com%2Fstatic%2F56bb84cb01dbae77f988b71a%2F%2F15716183c30976483303da6%2F1633097241515%2Fupdated%2Bcases%2Bof%2Bconcern%2B.pdf&clen=1543377&chunk=true>>.

²¹ Cf. Meyers, D. T., "Decentralizing Autonomy: Five Faces of Selfhood" en *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge Mass, pp. 27-55, 2009.

²² V. por ejemplo, Bratman, M., *Intention, Plans and Practical Reason*, Harvard University Press, Harvard, Mass, 1987; *Faces of Intention Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass, 1999; *Structures of Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2007; *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

sus opciones y, en última instancia, tomar decisiones. Las implicaciones de la teoría de la planificación de la agencia de Bratman para el derecho y la regulación jurídica han sido exploradas por especialistas en filosofía del derecho, y yo me baso en esas ideas para la siguiente reflexión.²³

El enfoque de Bratman de la autonomía y la acción, por un lado, rechazaría que una intención o un deseo comunicado justifique la legitimación para actuar simplemente porque se expresa. Por otro lado, también rechaza la idea de que tener cierta cantidad de capacidad cognitiva puede ser el único criterio para reconocer y respetar la agencia, porque la prueba de agencia es realmente si alguien puede hacer, o lograr que le hagan, los "planes" para alcanzar sus "estados intencionales". La teoría de la planificación otorga agencia a la persona en el contexto de su propia jerarquización de su voluntad y preferencias; en otras palabras, en la capacidad de definir lo que más le importa a la persona dadas las circunstancias y, luego, hacer y ejecutar planes para lograrlo.

Los planes son los medios a través de los cuales una persona transforma sus intenciones en decisiones con consecuencias jurídicas. Hay pasos intermedios desde tener la intención de que algo suceda hasta que realmente suceda. Para que los planes lo logren, deben cumplir tres criterios:

- La intención general y los planes para alcanzarla son coherentes internamente con los deseos y preferencias expresados por la persona, así como su priorización o jerarquización.
- Hay coherencia medio-fin entre la intención general y los planes para alcanzarla. Esto significa que los planes prácticamente alcanzarán el resultado esperado.

²³ Las implicaciones de la teoría de la planificación de la agencia de Bratman para la filosofía del derecho se han elaborado sustancialmente. V. Shapiro, S., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

- Hay cierta estabilidad relativa de la intención y los planes con el tiempo. Esto significa que tanto la intención de una persona como los planes que tiene para alcanzarla deben ser suficientemente importantes para renunciar a otras posibilidades, algunas de las cuales también pueden ser importantes para ella. Por ello, la priorización de las preferencias es tan importante en la teoría de la planificación de la agencia.

Bratman sugiere que planear la acción supone básicamente establecer planes de segundo orden o de "orden más elevado", dentro de los cuales se pueden "anidar" diversos planes para su consecución. El plan de orden más elevado establece la dirección a lo largo del tiempo y refleja la jerarquización de las intenciones y preferencias de la persona. Los diversos planes anidados para implementar el plan o la visión general, pueden estar abiertos a todo tipo de preferencias y orientaciones, siempre que juntos ayuden a lograr el éxito del plan general. Cuando se tiene que hacer una elección debido a conflictos sobre qué plan anidado es mejor para alcanzar la intención general, este plan más amplio proporciona una posición privilegiada desde la que se puede decidir qué planes anidados, y estados intencionales relacionados, son mejores para actuar que otros.

En función de la "teoría de la planificación" de la agencia humana, puede formularse una versión alternativa de la autonomía que ayude a llenar el hueco de aquellos que no cumplen los requisitos cognitivos de la versión estándar. Se trata de un grupo que, no obstante, expresa sus intenciones y tiene planes para alcanzarlas, aun cuando sea con ayuda de terceros. De hecho, este es uno de los puntos principales de Bratman en su extenso trabajo en esta área.²⁴ Hacemos planes juntos; nadie es una isla. Todos dependemos de los demás para ayudarnos a hacer y ejecutar planes que hagan efectivas nuestras intenciones.

²⁴ V. Bratman, *op. cit.*

Teniendo en cuenta la teoría de la planificación de la agencia, esta versión más *inclusiva* de la autonomía aún responde a los requisitos básicos de la versión estándar: (i) actuar intencionalmente, (ii) con decisiones correspondientes que reflejen la comprensión y la apreciación y (iii) la voluntariedad. Reconoce que todas las personas tienen una intencionalidad que se puede interpretar a lo largo del tiempo, incluidas aquellas con discapacidades intelectuales, cognitivas, psicosociales o de comunicación significativas, y que pueden guiar la elaboración de planes para hacer efectivas estas intenciones.

Sin embargo, esta alternativa no exigiría que los individuos cumplan los requisitos dos y tres por sí mismas, como en la versión estándar, y en los enfoques dominantes de la capacidad jurídica. En su lugar, reconoce que los planes y las decisiones se pueden tomar con el aporte y el apoyo de los demás, que pueden interpretar el comportamiento intencional evidente de la persona como la base para hacer planes y ejecutar las decisiones necesarias.

Lo que motiva la legitimación para actuar de una persona en el enfoque de la planificación son sus intenciones evidentes a lo largo del tiempo. Con el apoyo de los demás, las personas se dedican a hacer planes para hacer efectivas esas intenciones, incluida la ejecución de varios aspectos de la planificación financiera o de otro tipo en su nombre. También pueden hacer que otros ejecuten los planes para hacer efectivas sus intenciones. En la compra de una casa, el sometimiento a una cirugía o la planificación de un viaje aéreo o unas vacaciones, las personas involucran a muchos otros agentes para alcanzar sus intenciones. La teoría de la planificación reconoce que si todos esos planes anidados o instrumentales hacen efectivas las intenciones de la persona, los planes, su implementación y sus consecuencias pertenecen a la persona. Reflejan y constituyen la legitimación para actuar y la capacidad jurídica de la persona. En este contexto, la función de la legitimación para actuar y de la ley en la protección de la autonomía de las personas es establecer las reglas y los procedimientos

mediante los cuales (i) se dotará de autoridad a sus planes como reflejos de sus intenciones, (ii) sus representantes que están facultados para actuar en su nombre se designarán y regularán a tal fin, y (iii) su voluntad de autonomía se salvaguardará en el proceso.

El enfoque de la planificación de la legitimación para actuar y la agencia humana ya opera en la toma de decisiones personales, de atención médica y financieras, así como en varios servicios comunitarios. Las personas pueden otorgar a terceros poderes notariales para que actúen por ellos bajo determinadas condiciones. Las "voluntades anticipadas" para la atención médica, incluida la atención de la salud mental, obtienen cada vez mayor reconocimiento. La jurisprudencia también está evolucionando en esta área, a medida que las prácticas de planificación individualizada y centrada en la persona, así como las medidas de apoyo, obtienen mayor reconocimiento como alternativas válidas a la imposición de la toma de decisiones por sustitutos. Estas medidas reconocen jurídicamente que las personas pueden mantener su capacidad jurídica y ejercer poder sobre sus decisiones aun cuando necesiten un grado considerable de apoyo para hacerlo.

Por ejemplo, una decisión del Tribunal Superior de Ontario reconoció que la toma de decisiones con apoyos en un caso se refería en parte a cómo obtener consentimiento y tomar decisiones sobre la integración a la comunidad de las personas con discapacidades del desarrollo que pasan de grandes instituciones residenciales a la comunidad. En la decisión, Hackland, J. determinó que bajo las disposiciones de la línea de acción alternativa de la Ley de Decisiones por Sustitutos —*Substitute Decisions Act*— de Ontario, los mecanismos de toma de decisiones con apoyos para adoptar dichas decisiones podrían reconocerse en la medida en que el Ministerio de Servicios Comunitarios y Sociales de Ontario ha establecido principios y procesos de planificación centrados en la persona para la toma de decisiones, que no exigen que las personas involucradas

se declaren incapaces o designen sustitutos en la toma de decisiones en su nombre.²⁵

Sin embargo, estos mecanismos para planear la acción aún no son totalmente accesibles para las personas con discapacidades más significativas debido a una falta de reconocimiento legal. Incluso para las personas con discapacidades psicosociales que han hecho planes anticipados para hacer frente a crisis de salud, la autoridad de estos planes o voluntades suele quedar invalidada en materia de atención médica y otros contextos.

IV. La alternativa de la "capacidad de tomar decisiones": conceptos clave

La versión más inclusiva de la autonomía descrita arriba proporciona la base para formular una alternativa a los enfoques dominantes para definir las condiciones para ejercer la capacidad jurídica, una que es más inclusiva de las personas que no tienen las habilidades cognitivas que la versión estándar de autonomía exige. Lana Kerzner y yo nos referimos a este enfoque en otra parte como el *enfoque de capacidad de tomar decisiones de la capacidad jurídica*,²⁶ y Lana Kerzner aplica un análisis jurídico a este enfoque en su capítulo en este mismo volumen.

Aquí me ocupo de una formulación sobre cómo la teoría de la planificación de la agencia puede servir para eso; es decir, cómo puede proporcionar una versión justificable de autonomía que pueda motivar un enfoque de capacidad jurídica que verdaderamente tenga alcance universal. Dicho enfoque incluiría completamente a las personas con importantes discapacidades intelectuales, del desarrollo, cognitivas y psicosociales.

²⁵ V. Court of appeal, *Gray vs. Ontario* [2006] OJ No 266 (Div Ct), párr. 47.

²⁶ Cf. 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>>.

Para ello, exploro tres componentes conceptuales principales:

- capacidades
- actuación con verdaderas intenciones
- mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de una persona.

1. Capacidades

Amartya Sen desarrolló el "enfoque de las capacidades" para los principios de libertad e igualdad. Esto, con el fin de abordar las limitaciones de las estrategias de desarrollo social y económico que no miden su impacto en las capacidades que las personas necesitan para funcionar en sus vidas y comunidades en las maneras a las que aspiran, y que resultan en su bienestar. Su evaluación es que las estrategias habituales no tienen en cuenta las diversas capacidades humanas. Por consiguiente, dejan fuera los factores sociales, económicos y ambientales que constituyen la libertad de una persona para actuar en el mundo y resultan en igualdad de condiciones con los demás.²⁷ Para abordar esta limitación, Sen propone el "enfoque de las capacidades" para conceptualizar y medir la oportunidad y la capacidad humana. Este enfoque tiene cuatro componentes básicos:

- Lo que las personas desean hacer o ser, a lo que Sen se refiere como las maneras en que quieren "funcionar" en la sociedad.
- Los medios, o las "capacidades", para lograr estos funcionamientos.
- Las "mercancías" o bienes y servicios, que permiten a una persona desarrollar y ejercer sus capacidades.

²⁷ El concepto de capacidades y su relación con la igualdad sustantiva se desarrolla en varios trabajos publicados de Amartya Sen, entre los que se incluye "Equality of what?", en *The Tanner Lectures on Human Values*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1980; "Rights and Capabilities", en *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1984; y *Commodities and Capabilities*, North Holland, Amsterdam, 1985.

- Los "factores de conversión", es decir, las características personales, sociales y ambientales/ infraestructurales que permiten a una persona transformar los bienes y servicios disponibles en las capacidades que necesitan para lograr determinadas funciones.

El enfoque de las capacidades de Sen conforma el marco del Índice de Desarrollo Humano de la ONU, que tiene como punto neurálgico el desarrollo de capacidades. El *Informe Anual sobre Desarrollo Humano* de la ONU sigue usando el enfoque de las capacidades como su marco de organización y medición.²⁸

Si se aplica a la cuestión de las personas a las que se les niega el ejercicio de su capacidad jurídica, el enfoque se puede formular para satisfacer los cuatro elementos básicos de la versión estándar de la autonomía: (i) actuar intencionalmente, (ii) con decisiones correspondientes que reflejen la comprensión y la apreciación y (iii) la voluntariedad. Un enfoque inclusivo para conceptualizar la capacidad de tomar decisiones fundamentaría el reconocimiento de la autonomía de una persona en la primera dimensión de la versión; la de actuar intencionalmente. Sin embargo, el enfoque de las capacidades no exigiría que las personas lleven a cabo los pasos ii y iii por sí mismas, como en la versión estándar. En su lugar, reconoce que los planes y las decisiones se pueden tomar con el aporte y el apoyo de los demás, que pueden interpretar el comportamiento intencional evidente de una persona como la base de la "agencia de la planificación" y la ejecución de decisiones de una persona, tal como se explicaron estos conceptos anteriormente. La implementación requeriría salvaguardias que garanticen que estos planes y decisiones reflejen las "verdaderas intenciones" de la persona, como se describe a continuación. De esta forma, las decisiones ejecutadas en virtud de tales acuerdos podrían superar la prueba de voluntariedad.

²⁸ V. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Report 2016: Human Development for Everyone*, Nueva York, 2016, pp. 1-9.

En un enfoque de capacidades, los apoyos en la toma de decisiones que una persona necesita para interpretar y traducir sus intenciones en una agencia de planificación y decisiones constituyen los bienes y servicios necesarios para llevar a cabo los pasos 2 y 3 en el ejercicio de la autonomía. El marco de capacidades de Sen incluye "factores de conversión" que funcionan en el nivel personal, social y ambiental para convertir dichos bienes y servicios en capacidades *verdaderas* para ejercer poder sobre la vida misma. En el caso de la capacidad de tomar decisiones, tal como se formula aquí, estos factores de conversión podrían elaborarse de la siguiente manera:

- *Características personales*: incluye la capacidad de una persona para actuar intencionalmente con vistas a lograr objetivos personales, cosas, cualidades y relaciones que son importantes para una persona y que motivan su capacidad de tomar decisiones. La neurociencia, así como las evidencias de la investigación cualitativa, apuntan a las personas hasta con las discapacidades cognitivas más significativas que actúan intencional y voluntariamente de maneras coherentes.
- *Contexto social*: incluye las normas sociales, relaciones y dinámicas de poder que operan en la vida de una persona, la comunidad y la sociedad en su conjunto, y que moldean la capacidad para que sus intenciones y voluntad sean efectivas en el mundo, como las conclusiones expuestas anteriormente dejan en claro. 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 decisiones, y que facilitan los bienes y servicios necesarios para la toma de decisiones, tendrá las posibilidades sociales para ejercer poder sobre sus propias vidas.
- *Contexto ambiental*: incluye las leyes, políticas, prácticas e infraestructura que permiten a una persona transformar sus características únicas y contexto social en resultados valiosos o "funcionamientos"

en este caso, la función de ejercer capacidad jurídica en la vida de uno, o de tomar u orientar decisiones con consecuencias jurídicas. Sabemos que las barreras estructurales conspiran para restringir o denegar a ciertas personas el ejercicio del poder legal sobre sus vidas a través de mecanismos jurídicos, prácticas sanitarias y de servicio comunitario restrictivas, exclusión social, cuidado personal informal y mal pagado, así como la insuficiencia de servicios de emergencia y protección de adultos para responder efectivamente de maneras que mejoren y fortalezcan la facultad para tomar decisiones. Se necesitan ajustes en una variedad de procesos de toma de decisiones en materia de salud, servicios comunitarios, contratación y cuestiones financieras a fin de permitir que las personas ejerzan plenamente sus derechos legales para tomar decisiones en esos ámbitos.

¿Cómo puede el enfoque de las capacidades reformular la primera condición de actuar de forma autónoma, con intención?

2. Actuación con "verdaderas" intenciones: la base del poder legal

El concepto de intencionalidad es fundamental en la teoría de la planificación de la agencia y la versión más inclusiva de la autonomía en la que se basa. En su resumen de teorías de lo que se considera como "actos ante la ley" o lo que ellos definen como "poder legal", Lars Lindahl y David Reidhav subrayan que es común la idea de que, lo que motiva la situación jurídica y el poder de una persona son los comportamientos específicos reconocidos como la "intención manifiesta" para lograr ciertos resultados.²⁹ Su formulación plantea dos cuestiones clave: ¿qué comportamientos se consideran manifestaciones de intención en un régimen

²⁹ Cf. Lindahl, L., y Reidhav, D., "Legal Power: The Basic Definition", en *Ratio Juris* 158 30, núm. 2, 2017, p. 168.

particular?; y, de igual forma, ¿quién está autorizado para reconocerlos como tal?

En su análisis de regímenes legales, los autores señalan tres tipos de intención manifiesta:

- *Declaraciones explícitas* a través del comportamiento lingüístico (por ejemplo, "Quiero comprar este o ese bien o servicio"), en términos que un tercero entiende.
- *Comportamiento no lingüístico* que es una declaración implícita a través de alguna forma de gesto —por ejemplo, un apretón de manos o pagar una cuota por un bien o servicio—.
- Lo que los autores llaman una mera *manifestación de intención*, donde hay acción y comportamiento intencional pero no un mensaje claro, por lo que puede ser difícil interpretar la situación jurídica de poder que crea la manifestación de intención en tales circunstancias.

En su teoría de poder legal, Lindahl y Reidhav asumen un requisito cognitivo para convertir las manifestaciones de voluntad en resultados legales. No obstante, su enfoque deja fuera a aquellos que no tienen dichas capacidades. De este modo, necesitamos preguntar si hay alguna posibilidad en el marco teórico de los autores para las personas que los demás consideran incapaces de hacer "declaraciones explícitas" suficientes para constituir una situación de poder legal, pero que con algunos apoyos y ajustes pueden ser asistidas para hacerlo. ¿Y qué hay de aquellos que solo pueden hacer lo que parecen ser "meras manifestaciones", incluso menos que los "mensajes implícitos", para motivar una situación de poder legal? En teoría, ellos también podrían tener una situación de poder legal si una de las condiciones para convertir sus manifestaciones de voluntad en resultados legales fuera un rol reconocido legalmente para los representantes que tienen una relación de conocimiento personal y una relación

de confianza con ellos. Hay evidencia abundante de que las personas con discapacidades cognitivas significativas pueden tener personas de apoyo que son capaces de interpretar lo que su manifestación de intención podría significar y requerir en una situación dada. Aquellos con discapacidades significativas, que no pudieron comunicarse de maneras que la mayoría entiende o hacer todos los planes necesarios para hacer efectivas sus intenciones, aún pueden verse como agentes si las versiones de sus expresiones *como* acto intencional, tal como lo atestiguan e interpretan sus personas de apoyo, obtienen validez. En efecto, muchos estudios de investigación cualitativa apuntan a ejemplos de personas de apoyo y redes que interpretan el comportamiento de las personas con discapacidades cognitivas e intelectuales significativas como intencionales y como la base para guiar la toma de decisiones.³⁰ Por ejemplo, Beamer y Brookes sugieren que:

El punto de partida no es una prueba de capacidad, sino la presunción de que todo ser humano se está comunicando todo el tiempo y que esta comunicación incluirá preferencias. Las preferencias se pueden desarrollar en expresiones de elección y estas en decisiones formales. Desde esta perspectiva, cuando alguien llega a un continuo de capacidad no es ni la mitad de importante como la cantidad y el tipo de apoyo que obtiene para incorporar preferencias en las elecciones.³¹

En estas situaciones, las personas de apoyo usan su entendimiento para desarrollar los planes necesarios y organizar la toma de decisiones coherentes con las interpretaciones válidas de las manifestaciones de intención de la persona, y guiadas por estas.

³⁰ Para una perspectiva general de algunos de estos estudios, cf. Johnson, H., Douglas, J., *et al.*, "The Pearl in the Middle. A Case Study of Social Relationships with an Individual with a Severe Intellectual Disability", en *Journal of Intellectual and Developmental Disability* 35, núm. 3, 2010, pp. 175-186. V. también, Watson J., "Assumptions of decision-making capacity: The role supporter attitudes play in the realization of article 12 for people with severe or profound intellectual disability", en *Laws* 5, núm. 1, 2016. p. 6.

³¹ Beamer, S., y Brookes, M., "Making Decisions: Best Practice and New Ideas for Supporting People with High Support Needs to Make Decisions", en *Values into Action*, Londres, 2001.

Si las intenciones manifiestas de una persona han de ser un motivo alternativo para ejercer la capacidad jurídica al de la habilidad cognitiva, ¿cómo sabemos cuáles son las verdaderas intenciones de una persona, cuando sus intenciones manifiestas parecen cambiar o estar en conflicto, o cuándo hay una dificultad extrema para interpretarlas como la base para guiar los planes para hacerlas efectivas? La influencia indebida y la coacción son preocupaciones significativas en un contexto en el que una persona requiere de apoyos significativos para ejercer su capacidad jurídica.

La idea de que las verdaderas intenciones de una persona se pueden interpretar válidamente para determinar si una persona actúa voluntariamente o bajo coacción o bajo la debida influencia de terceros está claramente establecida en el derecho testamentario. La Corte Suprema de Columbia Británica expuso su entendimiento jurídico de la influencia indebida y la coacción en el contexto de la capacidad testamentaria en el caso *Leung vs. Chang* de 2013:³²

Para poder invalidar una voluntad por motivo de influencia indebida, la parte que afirma debe demostrar que la influencia ejercida contra el testador constituyó coacción, de tal modo que el testamento no reflejara las verdaderas intenciones de un testador libre y no fuera el producto del propio acto del testador.

La influencia indebida debe constituir coacción a la que el testador no pudo resistirse y que destruyó su libertad para actuar. Es bien sabido en las autoridades que si el testador sigue siendo capaz para actuar libremente, el ejercicio de un asesoramiento importante o persuasión al testador o un intento de apelar al testador o el mero deseo del testador de gratificar los deseos de un tercero, no constituirán influencia indebida.

Esta norma jurídica del derecho testamentario podría adaptarse para interpretar las "verdaderas intenciones" de una persona en el contexto

³² Supreme Court of British Columbia, *Leung vs. Chang*, 2013 BCSC 976, párr. 35.

de toma de decisiones de manera más general. En la misma línea, el Comité CDPD adopta el principio de que cuando una persona no es capaz de comunicar directamente su intención, su capacidad jurídica puede sin embargo protegerse cuando las personas de apoyo en la toma de decisiones ofrecen la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona dadas las circunstancias".³³ Este principio se examina con más detalle a continuación.

En resumen, se puede formular una versión adecuada del respeto de la autonomía que no se base en la prueba de habilidades cognitivas para la toma de decisiones que se aplica tan a menudo de maneras que restringen la capacidad jurídica y la autonomía de una persona. Una versión alternativa todavía fundamenta la autonomía en el ejercicio de la intencionalidad. Sin embargo, reconoce que las intenciones no son comportamientos exclusivamente cognitivos. Pueden ser "manifiestas" de varias maneras, y cuando una persona no tiene las habilidades cognitivas para hacer plenamente efectivas sus intenciones, la comprensión y la apreciación para hacerlo pueden proporcionarlas las personas de apoyo que la ayudan a hacer y ejecutar planes diseñados precisamente para eso. El requisito de "voluntariedad" de la versión estándar de autonomía se pudo cumplir en estas situaciones, en la medida en que 1) las interpretaciones de las intenciones manifiestas de una persona dadas las circunstancias son tan "verdaderas" y "válidas" como sea posible y 2) los planes y la toma de decisiones que informan de ninguna manera reflejan influencia indebida, coacción o conflictos de interés por parte de aquellos que ayudan a una persona a interpretar y traducir sus intenciones como la base de su agencia de planificación.

3. Mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias

Como se señaló anteriormente, uno de los principales apoyos que establece un enfoque de capacidad de tomar decisiones es la disposición del

³³ Comité CDPD, Observación General Núm 1, art. 12, párr. 21.

"apoyo interpretativo" por parte de las personas de apoyo para la toma de decisiones. Este tipo de apoyo se usa cuando la persona no tiene las capacidades necesarias para tomar decisiones por sí misma, incluso con apoyo y adaptaciones por parte de terceros. Esto incluye la interpretación de las intenciones, la voluntad y las preferencias de una persona cuando esta las expresa a través de acciones y comportamientos que a menudo solo pueden comprender las personas de apoyo que conocen bien a la persona en cuestión. El apoyo interpretativo también implica traducir la comprensión de las intenciones de la persona en los planes y decisiones necesarios, así como tomar las medidas necesarias para que una persona alcance sus intenciones. Si bien es posible que las personas de apoyo tengan que hacer muchos planes y tomar decisiones a tal fin, idealmente siempre se basan en su mejor interpretación de las intenciones de la persona dadas las circunstancias. No obstante, proporcionar apoyo interpretativo plantea sus desafíos particulares.

En primer lugar, puede ser difícil interpretar el comportamiento de una persona como una acción intencional, si la persona está socialmente aislada sin nadie que la conozca suficientemente bien para discernir sus intenciones manifiestas.

En segundo lugar, las intenciones manifiestas de una persona no siempre proporcionan medidas o instrucciones específicas para las personas de apoyo. Es posible que una persona con una discapacidad intelectual significativa no sea capaz de dar consentimiento informado a un tratamiento, pero puede expresar el deseo de liberarse del dolor o malestar que padece. El apoyo interpretativo en este contexto requiere conectar una intención general —la de liberarse del dolor— con lo que podrían ser muchos planes y decisiones para hacerla efectiva.

En tercer lugar, las personas de apoyo tienen un gran margen de discrecionalidad para interpretar los deseos de la persona de maneras que podrían ponerlas en conflicto de interés con la persona e influir indebidamente en cualquier plan y decisión que se adopte a través de tal acuerdo.

En cuarto lugar, puede haber situaciones en las que sea difícil interpretar la expresión de intención actual de una persona si parece estar en conflicto directo con lo que las personas de apoyo hayan observado como manifestaciones de sus intenciones más coherentes y a largo plazo. Como se observó en el caso de los ejemplos anteriores, hay situaciones de tal conflicto interpretativo en contextos de salud mental, donde una persona parece estar actuando según intenciones que no corresponden a sus intereses expresados con anterioridad o al entendimiento que tienen otros de la situación específica.

En quinto lugar, cuando hay más de una persona de apoyo en la toma de decisiones, puede haber entre ellas interpretaciones extremadamente contradictorias sobre el comportamiento intencional de una persona y los planes y decisiones que se requieren para cumplir sus objetivos.

En sexto lugar, cuando las personas de apoyo en la toma de decisiones desarrollan planes y ejecutan decisiones con base en la intención manifiesta de una persona, pero que corren el riesgo de poner a la persona en una situación perjudicial, deben tenerse consideraciones adicionales sobre el equilibrio entre la dignidad del riesgo de la persona y su protección contra perjuicios.

Este principio de *mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias* identificado en la observación general del comité sobre el artículo 12 se puede usar para guiar a las personas de apoyo en este tipo de situaciones. El comité introduce este principio como un reemplazo de la prueba de "interés superior" —*best interest*—, que considera que "no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos".³⁴

El principio de "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de una persona" reconoce que puede haber desafíos interpretativos

³⁴ *Ibid.*, párr. 21.

cuando las intenciones manifiestas de una persona no son declaraciones explícitas o incluso instrucciones implícitas. Al mismo tiempo, como se observa en una comunicación al Comité CDPD por parte de la Asociación Canadiense para la Integración Comunitaria —ahora *Inclusion Canada*—, que formuló y recomendó la inclusión del principio en la observación general, siempre hay algunas interpretaciones que son mejores que otras:

Hay y siempre habrá situaciones en las que la voluntad y las preferencias de una persona no puedan interpretarse con algún grado de certeza, ya sea debido a la ausencia de indicaciones o documentos de planificación previa, o porque una persona ha estado tan aislada y excluida que no tiene a nadie en quien confiar y que pueda aprender su medio de comunicación, por lo menos a corto plazo. Existen sistemas de toma de decisiones por sustitutos para afrontar este tipo de situaciones, y los Estados partes posiblemente defenderán su aplicación dadas sus obligaciones de proteger a las personas vulnerables.

Al reconocer la realidad de dichas situaciones, recomendamos que la Observación general fomente la idea de la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias" para sustituir la aplicación de la prueba de interés superior en estas situaciones. Dicha prueba reconocería que la voluntad y las preferencias no siempre pueden interpretarse con certeza, pero que siempre hay mejores interpretaciones que otras.³⁵

Este principio es otro elemento básico para permitir que sean las intenciones manifiestas de una persona las que motiven su poder legal y ejercicio de capacidad jurídica. La aplicación del principio en los tipos de situaciones descritas anteriormente requeriría orientación y salvaguardias para garantizar: que una interpretación sea justificable —es decir, que

³⁵ V. Canadian Association for Community Living, "Response to Draft General Comment No. 1 on Article 12, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities", Toronto: 2014, Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx>>.

hay evidencia clara que corresponde a las intenciones expresadas por una persona—; que se trata de la "mejor" interpretación posible de la voluntad y las preferencias de una persona dadas las circunstancias; que las decisiones adoptadas conforme a dicha interpretación no violarían los derechos de la persona; y que no constituye ninguna forma de influencia indebida, coacción o conflicto de interés por parte de las personas de apoyo.

4. Formulación del enfoque de capacidad de toma de decisiones

Los componentes de un enfoque de capacidades presentados anteriormente se pueden integrar en un marco inclusivo para la capacidad de tomar decisiones, que reconoce que una persona tiene capacidad decisoria para ejercer su capacidad jurídica cuando:

- A. Manifiesta sus verdaderas intenciones que reflejan su voluntad y preferencias tal como han de entenderse para aplicarse dadas las circunstancias.

- B. La comprensión de la información pertinente para tomar una decisión y la apreciación de las consecuencias razonablemente previsibles de una decisión o falta de decisión para actuar según las intenciones, los derechos, la voluntad y las preferencias verdaderas y manifiestas de la persona se logra ya sea a través de:
 - a. La persona misma con apoyo en la toma de decisiones, según sea necesario; o

 - b. El apoyo en la toma de decisiones proporcionado por terceros que brindan los apoyos interpretativos y de otro tipo necesarios para hacer planes y ejecutar las decisiones que dan efecto jurídico a las verdaderas intenciones manifiestas de la persona dadas las circunstancias.

- C. Cuando sea necesario en un caso particular para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, se proporcionan ajustes razonables para las maneras en que una persona manifiesta verdadera intención y toma decisiones legales, incluidos los apoyos y los ajustes para los procesos de toma de decisiones que puedan ser necesarios a tal efecto.

Basándose en la de la planificación de la agencia y la versión revisada del principio del respeto de autonomía tal como se describió arriba, la lógica de la alternativa de capacidad de tomar decisiones a los enfoques dominantes de la capacidad jurídica podría formularse de la siguiente manera:

- Una persona (P) es capaz de ejercer capacidad jurídica en un asunto particular (A) cuando:
 - o P ha manifestado directamente, o se le puede atribuir razonablemente a través del apoyo interpretativo, una verdadera intención que puede servir de base para el razonamiento y la planificación que se necesitan para ejecutar dicha intención en A.
 - o En caso necesario, P tiene acceso a formas de apoyo en la toma de decisiones que son suficientes para traducir dicha intención en un plan de acción ejecutable respecto de A.
 - o Cuando sea preciso, P tiene acceso a esas formas de ajustes razonables que se requieren para ejecutar el plan de acción que tiene por base la intención manifiesta de P.³⁶

³⁶ El profesor Wayne Martin, de la Universidad de Essex, proporcionó sugerencias y comentarios críticos y útiles al llegar a la formulación de este resumen de un enfoque de capacidades para definir las condiciones para reconocer y disfrutar la capacidad jurídica como una alternativa a la versión predominante de "capacidad mental" como su condición necesaria y suficiente.

El reconocimiento de la capacidad de tomar decisiones, tal como se formula arriba, como la base para gozar del derecho de ejercer la capacidad jurídica, es un enfoque universal e inclusivo de la capacidad jurídica. Articulado dentro del modelo de derechos humanos y sociales de las personas con discapacidad en el que se basa la CDPD, este enfoque reconoce que las barreras que afronta una persona en la participación social y económica, incluido su ejercicio de capacidad jurídica, no se centran en su conformación genética, física o mental. En su lugar, las barreras sociales, legales, actitudinales, físicas y de otro tipo debilitan su condición de igualdad, dignidad y derechos humanos.³⁷

V. Conclusiones

En este capítulo se examinaron de forma crítica los supuestos subyacentes a la versión de autonomía en la que se basan los enfoques dominantes de la capacidad jurídica. La versión estándar señala que un agente autónomo es aquel que actúa: "(1) intencionalmente, (2) con entendimiento y (3) sin controlar las influencias que determinan su acción".³⁸ Si se interpreta, como suele ser el caso, que una persona debe superar las tres pruebas por sí misma para que se le considere autónoma, esta versión pone sistemáticamente en desventaja a las personas con discapacidades intelectuales, cognitivas y psicosociales. El corolario es que su capacidad jurídica puede verse restringida por este motivo.

En este capítulo se reconstruyó cómo comprender y aplicar esta versión de una manera más inclusiva. Basándose en el enfoque de las capacidades

³⁷ Theresia Degener, la presidenta actual del Comité CDPD, distingue entre un modelo "social" y uno de "derechos humanos", pero reconoce que la formulación inicial de la CDPD se basaba en un modelo social. Un enfoque de derechos humanos, sugiere Degener, supera las limitaciones de la lógica de un modelo social, que suele centrarse en demostrar cómo una versión biomédica de la discapacidad pasa por alto los factores sociales críticos que establecen la desventaja de las personas con discapacidad. Un enfoque de derechos humanos de la discapacidad comienza con supuestos básicos de que las personas son esencialmente iguales en cuanto a dignidad humana y merecimiento de respeto, y que una "discapacidad", definida desde el punto de vista biomédico, debe considerarse como algo "que pertenece a la humanidad y, por lo tanto, debe valorarse como parte de la variación humana". V. Degener, T., "Disability in a Human Rights Context", en *Laws* 5, núm. 3, 2016.

³⁸ Cf. Beauchamp y Childress, *op. cit.*, p. 59.

de Amartya Sen, sugiere que la capacidad universal de "tener intenciones", que es la base del poder legal, se comparte universalmente aun cuando interpretar las intenciones de otros pueda ser desafiante cuando se comunican de maneras que la mayoría de las personas no pueden comprender. El enfoque de las capacidades sugiere que los otros dos pasos para ser autónomos pueden ser llevados a cabo ya sea por uno mismo o con el apoyo de los demás. En este sentido, la capacidad de tomar decisiones se puede constituir en forma universal, siempre y cuando las personas tengan acceso a los apoyos que puedan requerir a tal fin.

Uno de los principales problemas al constituir la capacidad de tomar decisiones de las personas con discapacidades más significativas es proteger el acceso necesario al "apoyo interpretativo" adecuado. Esto es particularmente importante cuando una persona puede tener dificultades para comunicarse o estar en situaciones de las que otros no tienen conocimiento personal o no tienen una relación de confianza con la persona en cuestión para comprender y traducir sus intenciones manifiestas a terceros, o cuando la voluntad y las preferencias expresadas por la persona parecen fluctuar de maneras que son difíciles de entender para otros o que parecen contradictorias.

Este principio de "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias dadas las circunstancias" fue adoptado por el Comité CDPD para guiar la prestación de apoyo en esas situaciones. Reconoce que algunas interpretaciones de las personas de apoyo en la toma de decisiones son mejores que otras. El artículo sugiere que el principio de "actuar con verdaderas intenciones", que se articula en el derecho testamentario es una guía normativa útil para llegar a la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias. Asume que las intenciones "verdaderas" o "las más verdaderas" sí existen. Aunque quizá no puedan determinarse con absoluta certeza —¿es alguna vez el caso al interpretar las intenciones de otra persona? — plantear la pregunta sobre cuáles son las verdaderas intenciones de una persona a la luz de las circunstancias requiere de un análisis de las condiciones o la influencia indebida o coacción que podrían influir en su expresión.

Traducir la intención de una persona en una capacidad real para tomar decisiones requiere que los "planes" de dicha persona, los cuales se desarrollan con apoyo de terceros, se tengan en cuenta al crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Una teoría de la planificación de la legitimación para actuar sugiere que sin el reconocimiento legal de los planes de una persona, y de la toma de decisiones con apoyos y otros procesos que conlleva hacer esos planes, la persona no gozará de capacidad jurídica. Mientras que la agencia de la planificación de las personas con discapacidades intelectuales, cognitivas y psicosociales tiene cada vez mayor reconocimiento a través de políticas y programas que fomentan los enfoques de planificación centrados en la persona, estos aún no se consideran, en su mayor parte, como la base para reconocer la legitimación para actuar de la persona. Este artículo destaca la jurisprudencia anterior en Canadá, que reconoce la toma de decisiones con apoyos para las personas con discapacidades intelectuales significativas partiendo de que habría un proceso válido de planificación centrado en la persona. Este entendimiento jurídico señala una promesa para el reconocimiento de un enfoque más universal de la capacidad de tomar decisiones.

Por último, para que la capacidad de tomar decisiones sea una base para que las personas ejerzan su capacidad jurídica y logren poder legal sobre sus propias vidas, las otras partes de aquellas relaciones jurídicas que intentan crear, modificar o terminar deben adaptarse a sus necesidades de apoyo en la toma de decisiones. La CDPD reconoce la obligación de garantizar que se proporcionen ajustes razonables a las personas con discapacidad para ejercer y disfrutar todos los derechos reconocidos en la convención, incluido el derecho a la capacidad jurídica.

El reconocimiento del derecho universal a la capacidad jurídica en la CDPD entraña la gran promesa de establecer las condiciones para la inclusión, participación y plena ciudadanía de las personas con discapacidad, incluidas aquellas con las discapacidades del desarrollo, cognitivas y psicosociales más significativas. Hay una vía hacia la capacidad jurídica universal. Sin

embargo, se necesita un liderazgo significativo para reconstruir los marcos legales, políticos y prácticos para sentar las bases de su realización y ejercicio, especialmente para aquellos con discapacidades más significativas. Hasta entonces, las personas con discapacidades intelectuales, del desarrollo, cognitivas y psicosociales significativas no podrán tener la misma condición de ciudadanos y tener garantizado el mismo poder sobre sus propias vidas.