

Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos¹

Human rights and disability. From the renewal of justificatory discourse to the recognition of new rights

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid²

RESUMEN

La reciente incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos posee algunas implicaciones de gran alcance que se proyectan tanto en el plano de la justificación, exigiendo la renovación de algunos de sus referentes básicos, como en la estrategia de reconocimiento de derechos, planteándose novedosas demandas morales susceptibles de ser consideradas nuevos derechos.

Palabras clave: *discapacidad, dignidad, capacidad, autonomía, igualdad, nuevos derechos.*

ABSTRACT

The recent incursion of disability in the human rights discourse has some powerful implications that project both in the justification level, demanding

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco de la Red «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE) financiada en el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, DER2014-53503-REDT.

² Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» y Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Derecho Internacional Público y Filosofía del Derecho.

the renewal of some of its basic assumptions, as in the strategy of recognition of rights, with the emergence of novel moral demands that could be considered new rights.

Key Words: *disability, dignity, capacity, autonomy, equality, new rights*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA COMPRESIÓN ESTÁNDAR DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS.-3. LA RENOVACIÓN DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO: 3.1 *La renovación de la dignidad*.-3.1.1 Dignidad y capacidad. 3.1.2 Dignidad y cooperación social.-3.2 *La renovación de la autonomía*.-3.3 *La renovación de la igualdad*.-4. EL RECONOCIMIENTO DE (NUEVOS) DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.-2. THE STANDARD UNDERSTANDING OF JUSTIFICATORY DISCOURSE OF HUMAN RIGHTS.-3. THE RENEWAL OF JUSTIFICATORY DISCOURSE: 3.1 *The renewal of dignity*: 3.1.1 Dignity and capacity 3.1.2 Dignity and social cooperation. 3.2 *The renewal of autonomy*. 3.3 *The renewal of equality*.-4. THE RECOGNITION OF (NEW) RIGHTS TO PEOPLE WITH DISABILITIES.

1. INTRODUCCIÓN

Tan solo en fechas recientes la discapacidad ha comenzado a recibir atención por parte de la filosofía jurídica y política y podríamos decir que incluso por el propio Derecho. Esta atención pone de relieve que si bien la discapacidad no nos plantea problemas radicalmente novedosos sí que nos obliga a repensar desde nuevos parámetros asuntos considerados nucleares en nuestra disciplina contribuyendo a cuestionar respuestas tradicionalmente asumidas.

Desde esta perspectiva el presente trabajo pretende reflexionar sobre algunas de las implicaciones derivadas de la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos. En concreto el núcleo del trabajo se referirá a la necesidad de introducir cambios significativos en la propia teoría de los derechos que suponen una renovada comprensión de sus presupuestos justificatorios básicos. En el último apartado, se aludirá de manera sucinta a la proyección de este renovado discurso en la estrategia de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, apuntando la posible aparición de nuevos derechos.

2. LA COMPRENSIÓN ESTÁNDAR DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente las teorías de la justicia en general y las teorías de los derechos humanos en particular no se han ocupado seriamente de la discapacidad y cuando lo han hecho han abordado esta cuestión de una manera inapropiada³. Pero, más aún, lo que podríamos considerar como el discurso estándar de los derechos humanos y su referente central –la idea de igual dignidad– se han venido construyendo desde unos presupuestos que resultan excluyentes para las personas con discapacidad o que han permitido tan solo su inclusión subordinada.

En efecto, como ha señalado De Asís, detrás del discurso de los derechos subyace un modelo de ser humano digno caracterizado por la posesión de ciertas cualidades o habilidades cognitivas (como la racionalidad⁴, la autoconciencia, o el sentido del pasado y el futuro). Estas capacidades se consideran, además, rasgos esenciales del concepto de agente moral en tanto determinan nuestra actitud para elegir y perseguir de manera autónoma e independiente nuestros propios planes y proyectos de vida⁵. Por otro lado, el ejercicio de estas capacidades suele ponerse en relación con el papel social de los individuos que se valora de acuerdo con su utilidad o contribución a la comunidad, esto es, en función de la posibilidad de obtener ciertos frutos sociales de su actuación⁶, o, valdría decir, en términos de beneficio mutuo o ventaja recíproca⁷.

³ Las personas con discapacidad –y especialmente las personas con discapacidades cognitivas– raramente aparecen en el discurso filosófico y cuando se han hecho visibles han sido consideradas como excepciones que confirman la regla general, como ejemplos o como casos marginales, CARLSON, L., «Philosophers of intellectual disability: a taxonomy» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, pp. 315-329.

⁴ La concepción kantiana de la autonomía y la independencia moral, que influye de manera determinante en la teoría contemporánea de los derechos humanos, otorga un papel central a la racionalidad, *Vid.*, por ejemplo KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

⁵ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 39 y 40. *Vid.* en relación con esta construcción la idea de dinamismo de la libertad manejada por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho» en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 265-277.

⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, p. 42.

⁷ *Vid.* como expresión contemporánea paradigmática de esta conexión la teoría de Rawls, J. quien considera que en la discusión moral participan exclusivamente aquellos individuos que poseen «las capacidades morales, intelectuales y físicas que les permiten ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de un ciclo de vida completo», por lo que directamente excluye a las personas con graves discapacidades tanto físicas como mentales e intelectuales, RAWLS, J., *El Liberalismo Político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 216 y 217. He analizado con algún detalle las implicaciones de la teoría rawlsiana en el contexto de la discapacidad en CUENCA GÓMEZ, P., «Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos», *Revista de Estudios Políticos*, 158, 2012, pp. 103-137.

Desde esta forma de concebir la dignidad humana la inclusión de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos (entendido como el discurso de los capaces y socialmente productivos) parecería no tener cabida o como mucho la tendría «como objeto de la discusión pero no como sujeto»⁸. Ciertamente, las personas con discapacidad suelen ser tratadas en la teoría de los derechos como pacientes morales que merecen atención, asistencia y cuidado, pero no como agentes morales activos que merecen poder elegir y desarrollar sus propios planes y proyectos de vida⁹. Y, desde esta óptica, que supone la negación de la autonomía de las personas con discapacidad, se justifica la adopción de medidas paternalistas que permiten que otros, quienes se considera cumplen en una medida satisfactoria los rasgos que definen la dignidad humana, diseñen, en su mejor interés, su horizonte moral y dominen su destino.

Por lo que respecta a la igualdad, en la reflexión teórica se ha convertido en un lugar común la denuncia del falso universalismo que atraviesa el discurso de los derechos humanos y la reivindicación de la equiparación en derechos de los denominados colectivos «vulnerables»¹⁰ entre los que, desde hace tan solo algunos años, ha comenzado a tomarse en consideración a las personas con discapacidad. En todo caso, en este contexto, la vulnerabilidad que implica la discapacidad se ha contemplado, en lo esencial, como una desventaja natural e individual imputable a las deficiencias de la persona.

En este sentido, sería posible afirmar que el discurso estándar de los derechos ha venido manejando lo que en el discurso de la discapacidad se denomina el modelo médico o rehabilitador que entiende la discapacidad como un rasgo personal que tiene su origen en las limitaciones individuales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia y que cuyo tratamiento se orienta a rehabilitar a las personas con el objetivo de que puedan integrarse en la sociedad¹¹. Este enfoque está relacionado, además, con el análisis común de la discapacidad en la teoría de los derechos dentro del llamado proceso de especificación¹² que, como es sabido, pretende justificar una atribución de derechos apoyada en el reconocimiento de la especialidad, esto es, la

⁸ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 44.

⁹ Como indica GONZÁLEZ AMUSCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y derechos. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 375 «la única forma de tratar a los seres humanos como personas morales es permitiéndoles que elijan por sí mismas el tipo de vida que quieren llevar».

¹⁰ AÑÓN ROIG, M. J., «Principio discriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, 39, 2013, pp. 27-57.

¹¹ Vid. sobre los rasgos básicos de este modelo PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 66 y ss.

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Derechos humanos, especificación y discapacidad» en Campoy Cervera, I., y Palacios, A., (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 359-375

especificación desemboca en el surgimiento de derechos propios de determinados sujetos o colectivos de los que éstos serían titulares por razón de los rasgos que los singularizan o identifican.

Pues bien, aplicando el discurso estándar, se justifica el reconocimiento de algunos derechos especiales a las personas con discapacidad que se desenvuelven, básicamente, en el ámbito médico, asistencial y de la protección social¹³. En todo caso, en teoría, las personas con discapacidad serían titulares también de los derechos humanos «generales» que se reconocen a las demás personas. Ahora bien, en tanto desde esta concepción la normalización de la persona se convierte en un pasaporte para igualdad, cuando los individuos no logran superar sus «desviaciones» se toleran como naturales e inevitables e incluso se justifican como necesarias, en aras de su protección, restricciones en el reconocimiento, ejercicio y/o disfrute de los derechos humanos «comunes»¹⁴.

3. LA RENOVACIÓN DEL DISCURSO JUSTIFICATORIO

Frente a la visión tradicional, el discurso de los derechos debe revisar la relevancia que ha venido concediendo a la discapacidad y el rol que le ha venido asignando. La discapacidad no puede seguir contemplándose como un tema marginal o un problema menor que es posible dejar sin resolver, sino que ha de pasar a entenderse como una cuestión central y como un banco de pruebas desde el que evaluar la validez general de la teoría¹⁵. Por otro lado, es importante cuestionar la explotación conceptual de la que son objeto las personas con discapacidad en el tratamiento de otras cuestiones de derechos, como sucede en la defensa de los derechos de los animales no humanos¹⁶.

¹³ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 94.

¹⁴ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis desde la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra «Democracia y Derechos Humanos», Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2012.

¹⁵ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, p. 110. Y ello no solo porque una teoría satisfactoria de los derechos debe reconocer la igualdad de las personas con discapacidad, sino, también porque debe reconocer «la continuidad» que existe entre las vidas normales, marcadas asimismo por numerosas deficiencias, necesidades y dependencias, y las de aquellas personas que tienen discapacidades permanentes, *Idem*, pp. 110 y 112. Por esta razón se afirma que la construcción de una teoría de los derechos no excluyente para las personas con discapacidad es una tarea que potencialmente afecta y beneficia a todos los ciudadanos WOLF, J. «Cognitive disability in a society of equals» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., 147-169, p. 147.

¹⁶ A mi modo de ver, de explotación conceptual merece ser calificado el uso interesado de las personas con severas discapacidades cognitivas como protagonistas de lo que puede considerarse el razonamiento estrella de la crítica al especieísmo, el llamado argumento de los casos marginales. Ciertamente esta instrumentalización no reporta beneficios a las personas con discapacidad y les genera, además,

Pues bien, tomarse en serio la discapacidad exige, en primer lugar, una aplicación coherente en este contexto de los presupuestos básicos de la teoría de los derechos. Las personas con discapacidad –del mismo modo que ha sucedido históricamente con otros colectivos, como las minorías raciales o las mujeres– son excluidas de la discusión moral desde la consideración de que sus diferencias «biológicas» implican una menor capacidad racional y/o una inferior contribución a la sociedad. Al igual que ocurre con los sujetos integrantes de los colectivos mencionados, esta afirmación simplemente no es cierta, al menos en lo que respecta a muchas personas con discapacidad. En este sentido, resulta crucial superar la frecuente y distorsionadora confusión entre limitación funcional y limitación moral¹⁷. Como consecuencia de la pervivencia de prejuicios y estereotipos las personas con limitaciones funcionales tienden a ser percibidas como personas limitadas en su capacidad racional y en su contribución social cuando en muchas ocasiones poseen en un nivel «normal» las habilidades «estándar» exigidas para la agencia moral y pueden resultar «útiles» para la comunidad¹⁸.

No obstante, esta estrategia de extensión coherente resulta insuficiente, al menos en relación con algunas personas con discapacidad que presentan diferencias relevantes en sus capacidades cognitivas y no pueden contribuir a la sociedad de una manera que pueda considerarse «productiva» en el sentido usual¹⁹. Desde estas premisas, la

relevantes prejuicios tanto teóricos (que básicamente consisten en rebajar su estatus moral respecto de los individuos con habilidades cognitivas estándar) como prácticos (que se proyectan en especial en el campo de la ética aplicada la eugenesia y la experimentación). Un interesante debate entre algunos de quienes defienden (P. Singer y J. McMahan) y quienes critican (L. Carlson y E. F. Kittay) el recurso a esta estrategia puede verse en los podcasts del congreso *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, celebrado en la Stony Brown University en 2008 cuyos trabajos se recogen en el libro del mismo nombre que ya ha sido citado. Estas podcasts están disponibles en <http://www.stonybrook.edu/sb/cdconference/podcasts.shtml> (consultado por última vez el 30 de mayo de 2015). En el trabajo de KITTAY, E. F., «The personal is philosophical is political: a philosopher and mother of a cognitively disabled person sends notes from the battlefield», pp. 393-413 incluido en el libro que recoge las ponencias del Congreso se resumen también los puntos centrales de esta discusión.

¹⁷ DE ASÍS ROIG, R., y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos, «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2008. 51 y 52.

¹⁸ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, cit., p. 117. En estos casos el problema se resuelve asimilando a estos individuos al modelo estándar, demostrando que poseen las mismas capacidades y que su actuación pueden generar frutos sociales y estableciendo, en su caso, medidas que compensen la exclusión histórica que han sufrido, SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust: Disability and the “Outlier” problem in Social Contract Theory», *Ethics*, 116, 2005, pp. 40–76, pp. 42 y ss.

¹⁹ Se trataría, por tanto, de individuos que no pueden ser asimilados, *Idem*, pp. 42 y 48 y ss. Recurriendo en este punto a una distinción recurrente en los estudios sobre la inmigración, podríamos afirmar que no se trata de *integrar* a las personas con discapacidad en la teoría de los derechos tal cual está diseñada, esto es, para

inclusión de las personas con discapacidad en la teoría de los derechos exige combinar la aplicación consistente de los presupuestos que la presiden y en especial del postulado básico del igual valor asociado a todos los seres humanos con una renovación profunda de la comprensión de los referentes desde los que se afirma esta idea y de las razones en las que se fundamenta.

3.1. La renovación de la dignidad

Aunque la idea de dignidad suele presentarse como definitoria de la «naturaleza» o «esencia» del ser humano, se trata en realidad de una construcción social articulada sobre la base de unos rasgos que, al mismo tiempo que han servido para proteger a algunos individuos también han excluido a otros, entre ellos, a las personas en situación de discapacidad²⁰. Esta circunstancia deriva, en gran medida, de que las cualidades de las que se hace depender la dignidad son rasgos abstractos y genéricos contruidos desde unos patrones de normalidad que han coincidido con los de poderosos y que atienden exclusivamente al plano individual²¹. Así, esta construcción ha dejado de lado la diversidad, ha desconsiderado los factores contextuales, sociales y colectivos que se proyectan sobre estos rasgos y no ha tenido en cuenta las desigualdades de hecho existentes entre los sujetos morales y los impedimentos reales que dificultan el logro y el ejercicio de la autonomía y la independencia.

Ahora bien, en tanto el concepto de dignidad es una construcción humana puede ser reformulado y abrirse a nuevas dimensiones y consideraciones²².

3.1.1 DIGNIDAD Y CAPACIDAD²³

Como se avanzó, el discurso de los derechos ha venido identificando la posesión de ciertas capacidades cognitivas individuales más o menos sofisticadas como justificación determinante del especial valor y consideración moral que merecen los seres humanos. En tanto todos los seres humanos presentan diferencias en sus habilidades cognitivas y en la medida en que también otros seres no humanos las poseen en algún grado, estas capacidades operan como un umbral exigiéndose el

su sujeto abstracto e ideal –en lo que interesa al objeto del presente trabajo las personas sin discapacidad– sino de *incluir* a este colectivo en un discurso adaptado a las necesidades de todos los individuos. *Vid.* esta distinción en OLIVER, M., *Understanding Disability, From theory to practice*, Paalgrave, Malasia, 1996, p. 96.

²⁰ DE ASÍS ROIG, R. *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, p. 45.

²¹ *Ibidem.*

²² *Idem*, p. 47.

²³ Agradezco a Rafael de Asís la discusión sobre este apartado.

logro de un nivel mínimo en su desempeño para el reconocimiento del estatus moral²⁴.

Esta aproximación se caracteriza, por tanto, por asumir como paradigma del concepto de sujeto moral el modelo del adulto «racional», en el que no todos los seres humanos encajan. Se propone, así, un modelo «de una única talla para todos» que dibuja una línea que divide a los individuos en dos grupos: los «normales» o «típicos», esto es, aquellos que superan el umbral de sofisticación cognitiva exigido y los «anormales» o atípicos²⁵, que no cumplen este requisito. Pues bien, esta línea sitúa a la teoría de los derechos ante el dilema de tener que argumentar que incluso definiendo la dignidad de acuerdo a la posesión de determinadas capacidades la misma es predicable también de los individuos que no las poseen o que no las pueden desarrollar de manera plena o de tener que asumir que se trata de seres humanos que no son igualmente dignos, que tienen mermada su dignidad o que la han perdido²⁶. A mi modo de ver, una teoría de los derechos coherente y que no deje fuera a las personas con discapacidad debe escapar de este dilema sometiendo a un análisis crítico la preferencia por la cognición humana neurotípica como patrón desde el cual se mide a todos los seres humanos y respecto al cual algunos se consideran deficientes.

En este punto resulta crucial señalar que el discurso de los derechos ha tendido a sobrevalorar el papel que desempeña la racionalidad en la toma de decisiones y libre elección de planes de vida. Los estudios en el campo de la psicología cognitiva y de la neurociencia²⁷ demuestran que la toma de decisiones es un proceso en el que se mezclan diversos factores racionales e irracionales, naturales o individuales y sociales. La comprensión y evaluación de la información, el juicio y la revisión crítica de las opciones y de sus consecuencias son aspectos importantes en este proceso, pero también lo son las preferencias, las emociones, las intuiciones y las experiencias. Asimismo, importa resaltar que el umbral de racionalidad, o de competencia «mental» para considerar a una persona capaz de tomar sus propias decisiones es una construcción social diseñada para resultar útil a la mayoría de los ciudadanos «normales», al permitir el óptimo funcionamiento de prácticas consideradas socialmente relevantes, eso sí, al

²⁴ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», N. ZALTA, E., (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University Press, 2013. <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/grounds-moral-status/>.

²⁵ Vid. SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust», *cit.*, pp. 40 y ss.

²⁶ CAMPOY CERVERA, I., «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978» en CAMPOY CERVERA, I., y PALACIOS, A. (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, p. 145-207, p. 166.

²⁷ DAMASIO, A., *Self comes to mind. Constructing the Conscious Brain*, Pantheon Book, New York, 2010.

precio de excluir del acceso a las mismas a las personas con discapacidades mentales e intelectuales²⁸.

Por otro lado, según se viene advirtiendo, sea cuál sea la capacidad cognitiva –más o menos exigente en los diferentes planteamientos pero reconducible siempre en la aproximación estándar a una cierta idea de racionalidad– escogida como «marca» de la personalidad moral parece claro que no todos los seres humanos (y por lo que aquí interesa los individuos con determinadas discapacidades) la poseerán. Pero, más aún, es necesario asumir que nadie la poseerá a lo largo de toda su vida. Así, esta aproximación convierte el estatus moral de toda la ciudadanía en una propiedad frágil, condicional y temporal²⁹.

Los individuos (en algún momento de su existencia todos los seres humanos) que se sitúan por debajo del umbral de capacidad cognitiva quedan relegados a los márgenes de la comunidad moral. En este sentido, algunos planteamientos llegan explícitamente a apartarles de la consideración de personas³⁰ reconociéndoles, en su caso, un estatus moral «rebajado» –fundamentado en la posesión de capacidades, más o menos rudimentarias, como la capacidad de sentir placer o dolor³¹– respecto al estatus moral pleno (*full moral status*) del que disfrutarían los seres humanos cognitivamente «normales» –las personas– por razón del mayor valor que se atribuye a sus sofisticadas capacidades. La ruptura de la ecuación que identifica a los seres humanos y las personas morales no es en modo alguno inicua. Por el contrario, esta ruptura conlleva graves consecuencias en tanto abre la puerta a la justificación del distinto (y peor) tratamiento de los seres humanos despojados de la personalidad moral³².

²⁸ WINKLER, D., «Cognitive disability paternalism and the global burden of disease» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, cit. pp. 181-199.

²⁹ DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals» en Barbara ARNEIL, B., y HIRSCHMANN, N. (eds.), *Disability and Political Theory*, en prensa. Agradezco a Gema Marcilla que me hiciese llegar este trabajo.

³⁰ *Ibidem.* Vid. por ejemplo TOOLEY, M., «Aborto e infanticidio» en VVAA, *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Cátedra, Madrid, 1992.

³¹ Vid. SINGER, P., «Ética práctica», trad. de R. Herrero Bonet, Cambridge University Press, 2.^a ed., 1995 y SINGER, P., *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, Taurus, Madrid, 2011, quien diferencia entre las personas, esto es, los seres humanos autoconscientes que tienen la capacidad de pensar en el futuro y tener deseos y aspiraciones en relación con él y los seres meramente conscientes, esto es, aquellos que pueden sentir dolor, incluyendo en esta segunda categoría a los animales no humanos, a los recién nacidos y a «algunos humanos psíquicamente discapacitados».

³² CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, Disability, Bloomington, Indiana, 2010, p. 135. En opinión de McMAHAN, J., *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2002, la manera en la que un ser debe ser tratado depende en gran medida de sus capacidades intrínsecas y, en particular, de sus propiedades y capacidades psicológicas. De este modo, la *Convergente Asimilación* en la consideración moral que, a tenor de sus comparables capacidades, este autor defiende entre los animales y las personas «severamente retardadas» implica asumir que los límites en nuestro tratamiento a los animales son más estrictos de lo que

En todo caso, esta visión encuentra también serias dificultades a la hora de justificar el igual estatus moral de los individuos que se colocan por encima del umbral de capacidades cognitivas. Y es que una vez que se subraya la importancia definitiva de estas habilidades en la determinación de la condición moral parece que no solo la posesión de la capacidad, sino también lo bien que se ejerce debería ser un factor moralmente relevante. Por tanto, dado que no todos los seres cognitivamente «no deteriorados» ejercen sus capacidades igual de bien, parecería que no todos ellos tienen el mismo estatus moral³³. Desde esta premisa aquel sujeto que más es más racional, más consciente de sí mismo, más capaz de proyectarse en el futuro, tendría un estatus moral más alto³⁴. Esta conclusión, de nuevo enfrentada como el punto de vista del sentido común, tendría, otra vez, consecuencias particularmente negativas para las personas con discapacidades cognitivas –esta vez solo leves o moderadas– que pese a superar el estándar mínimo podrían ejercer sus capacidades peor, desde el patrón manejado por esta concepción, que los seres humanos intelectualmente más dotados³⁵.

A partir de lo anterior, en el cuestionamiento de la aproximación tradicional que privilegia las capacidades cognitivas como núcleo de la condición moral juegan un papel central tres órdenes de consideraciones que atienden a la diversidad de las capacidades, a su valor y al origen de los límites en las capacidades³⁶. En relación con la primera de estas reflexiones debemos ser conscientes de que la idea de capacidad es gradual y relativa. Ciertamente, los individuos pueden tener diferentes capacidades físicas, sensoriales, intelectuales, emocionales, relacionales etc. unas más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modos y maneras diversas sin que se pueda justificar que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general, que haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas y sobre todo que ello

habíamos supuesto, mientras que nuestro tratamiento de las personas con serias discapacidades está sometido a restricciones más relajadas de lo que habíamos pensado.

³³ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», *cit.*, y WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status» en N. Zalta, E., (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, *cit.*, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/cognitive-disability/>.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Sobre la posibilidad de elevar el nivel de competencia mental requerido para el ejercicio de los derechos civiles construyendo una sociedad diseñada a la medida de los dotados vid. WINKLER, D., «Cognitive disability paternalism and the global burden of disease», *cit.* pp. 195 y 196. *Vid.* también las reflexiones que realiza McMAHAN, J., en su trabajo «Cognitive disability and cognitive enhancement», en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (eds.), *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, *cit.*, pp. 345-367, pp. 363 y ss. en el que pese a considerar irrelevantes las diferencias cognitivas por encima del umbral, sí que defiende el mayor estatus moral de las «supra-personas», individuos cuyas capacidades psicológicas han sido genéticamente mejoradas de tal manera que exceden de las de los cognitivamente normales, más de lo que las de éstos exceden de las capacidades de los animales.

³⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, pp. 50-52.

implique una mayor dignidad. En relación con lo anterior resulta esencial rechazar la idea de que una mejor capacidad o un mayor talento implican una mayor dignidad y viceversa. Las diferencias mentales, físicas, intelectuales o sensoriales no suponen una menor dignidad, pero sí pueden dificultar el desarrollo moral de los individuos y ser fuente de discriminación en las sociedades contemporáneas. Además, la diferencia en la calidad y ejercicio de las capacidades y los obstáculos que algunas personas con discapacidad pueden encontrar para su ejercicio no siempre tienen su origen en sus rasgos individuales, sino que en muchos casos están ocasionados, y casi siempre se ven agravados, por el diseño del entorno social desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de estos sujetos, que cuando les toman en consideración lo hacen desde su contemplación como no portadores del rasgo de la autonomía moral y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás personas.

A mi modo de ver, estas reflexiones aportan poderosas razones para abandonar la presunción de que la dignidad que predicamos de los seres humanos descansa en sus superiores capacidades cognitivas y buscar vías alternativas de fundamentación. Las siguientes consideraciones no aspiran a resolver de forma concluyente este formidable reto teórico pero sí a presentar algunas perspectivas que contribuyen a avanzar en esta línea.

Una primera opción consiste en rebajar el umbral de sofisticación cognitiva determinante del estatus moral, o en redefinir dicho umbral apelando a capacidades diferentes de las presuntamente prototípicas del adulto racional identificando propiedades más inclusivas³⁷ como la capacidad para comunicarse mínimamente con otros seres humanos³⁸; la capacidad para expresar voluntad o intenciones y la capacidad autobiográfica³⁹; la capacidad para dar y recibir amor⁴⁰; la capaci-

³⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

³⁸ BERUBE, M., *Life as We Know It: A Father, a Family, and an Exceptional Child*, Pantheon, New York, 1996.

³⁹ En relación con la apelación a estas capacidades me parece de interés la propuesta de BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», Paper preparado para la Comisión de Derecho de Ontario, octubre de 2010 disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf> (consultado por última vez 30 de mayo de 2015). La capacidad de comunicar voluntad e intenciones se define como la «capacidad de expresar voluntad/intenciones al menos a otras personas que me conocen bien y que pueden otorgar o atribuir agencia a mis acciones en la descripción de mi comportamiento a los demás», mientras que la capacidad autobiográfica consiste en la «capacidad de decir quién soy, mi historia de vida, valores, objetivos, necesidades y desafíos, o tener una comunidad de conocimiento y valoración de otros que hacen eso por mí y lo usan».

⁴⁰ Vid. en este sentido la aproximación de KITTAY, E. F., *Love's Labour: Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, Nueva York, 1999 quien plantea como imagen central del pensamiento político la consideración de que «todos somos hijos de una madre» y formamos parte de una red de relaciones de dependencia.

dad de cuidado⁴¹; o la capacidad para participar en determinadas relaciones especiales⁴².

Esta aproximación presenta ventajas evidentes en comparación con la aproximación tradicional. En efecto, las capacidades antes mencionadas ofrecen un fundamento del estatus moral intuitivamente más atractivo y reducen –en diversa medida en función de la capacidad seleccionada, pero, en todo caso, en una relevante medida– la proporción de sujetos excluidos⁴³. Y ello, en primer lugar, porque se trata de criterios más amplios, más neutros y más respetuosos con las diversas maneras de ser, hacer y decir de las personas. Y, en segundo lugar, porque si bien los criterios determinantes del estatus moral son, al igual que en la aproximación tradicional, atributos de la persona integran ahora una dimensión relacional más o menos intensa –en tanto algunos planteamientos requieren simplemente la presencia de otra persona pero no su participación activa y cooperación mientras que otros sí la reclaman⁴⁴– se definen teniendo en cuenta los factores sociales y se reconoce su carácter interdependiente.

No obstante sus fortalezas, esta estrategia no resulta del todo satisfactoria. De nuevo, el establecimiento de una cierta capacidad como central y de un umbral implicará que siempre puede haber alguien que quedará al margen o que se situará por debajo⁴⁵, lo que supondrá atri-

⁴¹ Vid. JAWORSKA, A., «Caring and Full Moral Standing», *Ethics*, 117, 2007, pp. 460–497.

⁴² En este punto merece mencionarse el trabajo de JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», *Ethics*, 124, 2, 2014, pp. 242–271 quienes apelan a la capacidad para participar en relaciones de persona-crianza (*person-rearing relationships*) como un atributo tan valioso como la posesión de sofisticadas capacidades cognitivas que permitiría justificar que tanto los bebés como las personas con graves discapacidades cognitivas tienen el más alto estatus moral (y, por tanto, que poseen un estatus moral mayor que un perro). Se trata de una propuesta sofisticada que partiendo de una teoría de la acción y del concepto de aprender de la práctica considera que el fin al cual se orienta una actividad tienen la capacidad de transformarla. En este sentido afirman que el fin que inspira las relaciones humanas de crianza de una persona es su florecimiento, identificado con la posibilidad de convertirse en un sujeto con pleno estatus moral (*self-standing person*), y que este fin es capaz de transformar actividades sencillas como participar en juegos e intercambiar gestos en manifestaciones incompletas de la agencia moral. A su modo de ver, es razonable y factible adoptar este fin–al menos como guía (*end-standard*)– en relación con los seres humanos con discapacidades severas (para lo cual terminan recurriendo al argumento del potencial intrínseco o a la norma de la especie). Aunque algunas de las afirmaciones de este trabajo me parecen cuestionables (en tanto se sigue privilegiando la aproximación de las capacidades cognitivas) el planteamiento general me ha servido para apoyar y clarificar algunos puntos de mi aproximación. Agradezco a Pablo de Lora que me recomendara su lectura.

⁴³ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁴⁴ Este es el caso de la aproximación de JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», cit., p. 270.

⁴⁵ BERÚBÉ, M., «Equality, Freedom and/or Justice For All: a Response to Martha Nussbaum» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L. (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., pp. 97–110, p. 100.

buirle una menor dignidad. De cualquier forma, conviene insistir en que el carácter más inclusivo de esta aproximación y su mayor sensibilidad hacia la diversidad supone, de un lado, que los casos marginales serán muchos menos y realmente extremos y, de otro, que se tratará, al menos en algunos supuestos, de situaciones reversibles mediante la construcción de redes personales.

Una segunda aproximación, a la que apelan algunas de las teorías anteriores como vía para resolver estos casos marginales, consiste en recurrir al argumento del potencial⁴⁶. El enfoque de la potencialidad se presenta, en efecto, como un camino fértil a explorar en la empresa de construir la noción de dignidad humana sobre la base de criterios no excluyentes para las personas con discapacidad. Ciertamente esta aproximación nos acerca más a la plena inclusión de todos los seres humanos y permite considerar como una obligación de justicia la provisión de los recursos necesarios para que todas las personas puedan desarrollarse moralmente⁴⁷.

En relación con esta aproximación interesa aclarar que su aplicación conforme con las reflexiones anteriores acerca de la diversidad, el valor y los límites de las capacidades exigiría apelar con carácter general al potencial de los seres humanos para desarrollar agencia moral⁴⁸ (de formas más sofisticadas o más modestas) como presupuesto irrenunciable de la teoría de los derechos, a través del ejercicio (actual o potencial, condicionado por el contexto y más o menos dependiente) de diferentes capacidades, posibilidades y talentos⁴⁹. La

⁴⁶ Por ejemplo, JAWORSKA, A., «Caring and full moral standing redux» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its challenges to Moral Philosophy*, cit., pp. 369-372, p. 388 consciente de que algunos individuos pueden no poseer los requisitos emocionales y cognitivos –en todo caso diferentes y más flexibles que los exigidos por el criterio de la racionalidad– que definen la capacidad de cuidado situándose por debajo del «umbral de cuidado» recurre a la capacidad potencial de tales sujetos para «convertirse en cuidadores». Interesa también destacar en este punto la propuesta de ISAKO WONG, I., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», KITTAY, E. F., y CARLSON, L., (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, cit., pp. 127-146 de leer en clave potencial la teoría de Rawls.

⁴⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁴⁸ Esta visión se aparta así de los planteamientos que consideran como el potencial relevante para la adscripción de estatus moral la capacidad para desarrollar la capacidad racional u otra capacidad cognitiva sofisticada concreta en tanto se considera que éstas no son las únicas relevantes para la agencia moral.

⁴⁹ Me parece que este es el sentido en el que DE ASÍS ROIG, R., *Sobre derechos y discapacidad*, cit., p. 52 se refiere a la «potencialidad en las capacidades». A su modo de ver, el sujeto moral es aquél que, de alguna manera, «cuenta con la posibilidad –actual o potencial, en grado mínimo o máximo, de un modo o de otro– de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida». El marco de la discusión moral «está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida». En un sentido similar, STEIN, M., «Disability Human Rights», *California Law Review*, 95, 1, 2007, pp. 75-121, pp. 106 y ss. señala que el modelo de los derechos humanos no

agencia o capacidad moral operaría desde este enfoque no como una capacidad-umbral, sino como un ideal o criterio guía.

En todo caso, la aproximación potencial se enfrenta con algunas objeciones de gran envergadura⁵⁰. Un primer desafío, de carácter epistémico, radica en la dificultad de discernir qué seres humanos poseen el potencial para desarrollar agencia moral. En efecto, resulta complicado determinar qué condiciones necesita cada individuo para desarrollar su potencial, cuál es exactamente su versión del potencial y cuándo ese potencial florecerá⁵¹. Una segunda objeción incide en la persistencia de los casos marginales. En este sentido, se insiste en que algunos seres humanos con serias discapacidades cognitivas no poseerán nunca el potencial suficiente para desarrollar ninguna capacidad que sea relevante para la agencia moral⁵². Conviene tener presente que detrás esta apreciación subyace en ocasiones un concepto demasiado restringido o estrecho de las capacidades moralmente importantes⁵³ y una concepción estática de la discapacidad cognitiva basada en prejuicios y estereotipos que presupone equivocadamente que los individuos con severas discapacidades carecen de cualquier posibilidad significativa de desarrollo moral y que su condición no cambiará nunca⁵⁴.

Ahora bien, aunque ciertamente muchas personas con severas discapacidades cognitivas pueden desarrollar en formas diversas agencia moral y aunque su situación puede evolucionar y está fuertemente condicionada por la interacción con el contexto, parece que en ciertos supuestos –que de nuevo desde el enfoque se convertirían en casos realmente extremos– existen fuertes evidencias de que una persona no podrá desarrollar de ninguna forma su agencia moral y en los que tampoco la ha desarrollado en el pasado. Respecto de estas situaciones

debe orientarse a establecer un nivel estándar de capacidades básicas, ni una estimación de costes, sino a justificar la obligación de dotar de recursos que permitan que todas las personas puedan desarrollar su propio potencial y sus talentos individuales aunque ese potencial pueda ser diferente y desigual y reconocer su autonomía para dirigir, en la mayor medida posible, su propio desarrollo moral.

⁵⁰ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁵¹ ISAKO WONG, I., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», cit., pp. 139-141.

⁵² McMAHAN, J., «Challenges to Human Equality», *The Journal of Ethics*, 12, 2008, pp. 81–104, pp. 91-92. Esta visión es también asumida por Singer, P., *Liberación animal*, cit. quien considera el caso de las personas con severas discapacidades cognitivas más fácil que el caso de los niños porque evita la complicación del potencial.

⁵³ Ciertamente la afirmación categórica de que algunas personas carecen totalmente del potencial de agencia moral parece mucho más difícil de sostener si consideramos diversas las capacidades que contribuyen a su desarrollo y las formas en las que se manifiesta.

⁵⁴ CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, cit., pp.141 y ss. Vid. también una crítica a esta descripción de la discapacidad cognitiva en KITTAI, E. «The personal is philosophical is political», ya citado y en KITTAI, E. F., «At the Margins of Moral Personhood», *Ethics*, 116, 1, 2005 pp. 100-131.

cabe cuestionar que se pueda realmente hablar de evidencia⁵⁵. Los avances en las investigaciones en el ámbito de la neurociencia y las nuevas tecnologías, podrían llegar a posibilitar que incluso en los casos más difíciles las personas desarrollasen de alguna manera su capacidad moral⁵⁶. Igualmente, cabría preguntarse qué sucedería si la sociedad, en cumplimiento de la obligación de justicia a la que antes me referí, destinase todos los recursos necesarios a hacer realidad esta posibilidad.

De cualquier forma atribuir potencial de desarrollo moral a estos individuos implica, en efecto, el recurso a hipótesis contrafácticas⁵⁷. En este sentido se advierte que el enfoque de la potencialidad resulta sobre-inclusivo en la medida en que implicaría extender el reconocimiento del estatus moral a toda criatura viviente⁵⁸ (incluso a «los árboles, ríos, rocas y glaciares») argumentando que quizá en otras circunstancias, en otra etapa de la vida, o en otro mundo diferente sería posible que desarrollaran capacidad moral.

Como réplica a esta objeción se apela –de nuevo– a la dificultad de evaluar el potencial de los seres humanos, a la persistente tendencia a subestimar las aptitudes y posibilidades de los individuos con discapacidades cognitivas y, sobre todo, al terrible coste y grave peligro que supone negar personalidad moral a ciertos seres humanos como argumentos que hacen preferible el error de la sobre-inclusión al error de la exclusión, teniendo en cuenta, además, las lecciones de la historia⁵⁹. Desde estas premisas, se reclama la asunción de la presunción irrefutable de que todos los seres humanos deben ser considerados como sujetos morales, sin tratar de determinar exactamente donde se encuentran en una presunta escala de funcionamiento cognitivo⁶⁰.

Esta presunción y la atribución de potencial para desarrollar agencia moral a todos los seres humanos podrían encontrar una justifica-

⁵⁵ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp. 139 y ss.

⁵⁶ De hecho hay estudios que demuestran diferencias relevantes en los estados y niveles de consciencia de seres humanos que han sido considerados tradicionalmente en estado vegetativo. Así, técnicas como la neuroimagen han evidenciado la existencia de redes neuronales que pueden desarrollarse con el tiempo dando lugar a estados de mínima consciencia en los que los pacientes tienen intención, atención y memoria, y presentan signos de percibirse de los demás y del ambiente *Vid.*, FINS, J., «Neuroética y trastornos de consciencia. Lo que los poetas ya sabían», *Eidon*, 40, 2013, pp. 39-49.

⁵⁷ WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», *cit.*

⁵⁸ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp. 140 y 141.

⁵⁹ ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, pp. 140 y 141. *Vid.* WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», *cit.*

⁶⁰ Este enfoque se ha denominado «aproximación presuntiva», *Vid.* Idem. Lo asume, por ejemplo, ISAKO WONG, S., «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», *cit.*, p. 142.

ción más sólida recurriendo al argumento del potencial de la especie⁶¹ entendido en un sentido abierto y flexible. De esta forma, sería posible afirmar que los seres humanos –bien por la existencia de lazos de nacimiento⁶², bien por poseer ciertas estructuras orgánicas básicas⁶³, bien por su común humanidad⁶⁴– pertenecen a una especie que se caracteriza por poseer (o quizá mejor que debe considerarse que posee) el potencial para desarrollar agencia moral –persiguiendo fines y objetivos más grandes o más pequeños– a través ejercicio, como antes señalé, de diversas capacidades, posibilidades y talentos.

En todo caso, el recurso al argumento de la «pertenencia de la especie» presenta también algunos problemas que han sido destacados tanto por los estudios sobre los derechos de las personas con discapacidad como por los estudios sobre los derechos de los animales. Aunque no puedo detenerme en el análisis detallado de estas objeciones sí considero relevante realizar algunas aclaraciones y consideraciones.

En primer término importa señalar que un enfoque –como el que aquí se asume– respetuoso con la diversidad de las capacidades exige descartar la versión del argumento que apela a «la norma de la especie», o cabría decir, «a lo normal de la especie»⁶⁵ –no tanto por su incoherencia en relación con casos hipotéticos de miembros «discapacitados» de especies no humanas genéticamente mejoradas⁶⁶– sino

⁶¹ *Idem*, pp. 142 y 143. WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit.

⁶² SCANLON, T., *What We Owe Each Other*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, mantiene que el hecho de descender de seres humanos aporta una poderosa justificación para la adscripción del mismo estatus moral que a otros seres humanos.

⁶³ Así, por ejemplo, LIAO, S. M., «The Basis of Human Moral Status,» *Journal of Moral Philosophy*, 7 (2), 2010, pp. 159-179, fundamenta la consideración de todos seres humanos, incluidos aquellos con severas discapacidades cognitivas, como sujetos morales en la presencia de una configuración genética para la agencia moral que todos compartiríamos. En todo caso, puesto que actualmente no conocemos completamente la genética de la agencia moral, este autor señala que es teóricamente posible que existan seres humanos sin dicha configuración. Por ello concluye que lo más práctico es asumir que todos los seres humanos la tienen. *Vid.* una consideración crítica acerca de esta aproximación en LORA, P., «La familia humana y otros animales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 26, 2010, pp. 17-30, p. 20, nota 7.

⁶⁴ Sobre esta aproximación me detendré con algo más de detalle más adelante cuando analice la aproximación basada en «lo especial de la especie».

⁶⁵ Tomo la distinción entre los planteamientos que apelan a «lo normal» y a «lo especial» de la especie de DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», ya citado.

⁶⁶ En ocasiones se recurre a la norma de la especie para justificar la diferencia entre un ser humano con discapacidad y un animal no humano con capacidades cognitivas similares argumentado que mientras que el funcionamiento del ser humano no es adecuado en relación con la «norma de su especie» por lo que diríamos que ha sufrido una desgracia, el del animal sí que lo es, por lo que no consideraríamos que es desafortunado. Como contra-ejemplo se propone el caso del Superchimpancé, un chimpancé mejorado genéticamente para que desarrolle las capacidades cognitivas de un niño humano normal de unos diez años que luego las pierde y vuelve a ser un

por no resultar plenamente inclusivo para los seres humanos que no cuentan con expectativas razonables de alcanzar el rango de capacidades considerado como estándar de la especie⁶⁷.

En este sentido, la perspectiva manejada en este trabajo entroncaría con la versión del argumento que recurre a «lo especial de la especie» –o, valdría decir, a la humanidad compartida como un tipo de relación de afinidad o lealtad basada en la consideración de que los seres humanos compartimos un destino común, formas de vida, modos de interactuar, relaciones especiales, reconocimiento mutuo etc.– como base de la consideración moral⁶⁸. Este enfoque –que apela a un concepto más amplio de ser humano de carácter normativo que se considera inseparable del concepto de persona– introduce una manera de ver a los demás seres humanos, incluidos los que tienen graves discapacidades cognitivas, como parte del nosotros y convierte en apropiadas ciertas actitudes y respuestas que –por lo que interesa a la argumentación aquí desarrollada– exigiría tratar a todos los seres humanos como sujetos morales potenciales.

chimpancé ordinario. Según McMAHAN, M., *The Ethics of Killing*, cit., pp. 16 y ss. en este caso también deberíamos decir que el chimpancé ha sufrido un infortunio, lo que minaría la justificación basada en la norma de la especie. Vid. una consideración crítica de este argumento en KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», cit., pp. 112 y 113.

⁶⁷ Esta aproximación resulta problemática no solo cuando la norma de la especie se identifica con la capacidad actual o potencial de desarrollar una determinada capacidad cognitiva sofisticada como la racionalidad, la inteligencia o la autoconciencia (como parece que sostendría FINIS, J., «The Fragile Case for Euthanasia: a Reply to John Harris» en KEOWN, J., (ed.), *Euthanasia Examined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 48) sino también cuando la norma de la especie se identifica (como en el caso de NUSSBAUM, M., *Las fronteras sobre la justicia*, cit., pp. 177 y ss.) con una lista, más abierta, de capacidades básicas. Y ello porque para los sujetos que no tienen expectativas de alcanzar un umbral mínimo de desarrollo en las capacidades básicas esta visión conlleva un peligro de estigmatización (en tanto la desviación de la norma se considera una «desgracia terrible», «una situación penosa»); una estrategia de asimilación (en tanto los sujetos desviados no solo deben recibir recursos sociales, sino también ser curados o genéticamente cambiados para ajustarse a la norma) y un menor respeto a su autonomía moral (en tanto la sociedad debe «trabajar sin descanso» para llevar a las personas al nivel de capacidades básicas dictado por la norma de la especie, por lo que esta norma se convierte en el «bien» objetivo para toda la vida de las personas con discapacidad). Vid. un análisis más detallado de estas críticas a la teoría de NUSSBAUM, en mi trabajo ya citado, «La inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos».

⁶⁸ Vid. sobre la aproximación de la co-humanidad WASSERMAN, D.; ASCH, A.; BLUSTEIN, J., y PUTNAM, D., «Cognitive disability and moral status», cit. Como exponentes de esta visión, que presentan diferencias relevantes en sus planteamientos y sus bases filosóficas, DIAMOND, C., «The Importance of Being Human», en COCKBURN, D., (ed.), *Human Beings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 35–62; MULHALL, S., «Fearful Thoughts», *London Review of Books*, 24, 2002; WILLIAMS, B., «The Human Prejudice», *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 135–152; BYRNE, P., *Philosophical and Ethical Problems in Mental Handicap*, Palgrave, New York, 2000. También KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», maneja esta aproximación que es, asimismo, defendida por CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, cit., pp. 154 y ss.

También esta aproximación prometedor –pero que requiere, sin duda, de mayor una mayor fundamentación y profundización– ha sido cuestionada por quienes defienden la posibilidad de adscribir (algún) estatus moral a los animales⁶⁹.

Me parece posible sostener que el argumento central de esta crítica consiste en la consideración de las personas con graves –y a veces no tan graves⁷⁰– discapacidades cognitivas como «radicalmente» otros⁷¹. Así, se afirma que la pertenencia a la especie humana, que es lo único que «nosotros» (se entiende que los cognitivamente capaces) compartimos con «ellos», los «cognitivamente discapacitados», no implica lazos personales, ni simpatía mutua, ni valores compartidos, ni un compromiso con un cierto modo de vida, ni cooperación social ni ningún otro rasgo de los que son fácilmente reconocibles como bases legítimas de la parcialidad⁷²; lo que nos une, por tanto, son criterios estrictamente biológicos que carecen de relevancia moral. Desde esta premisa, la pretensión de conferir a los seres humanos con graves discapacidades cognitivas el mismo estatus moral que nos corresponde a «nosotros» colapsa en el especieísmo, esto es, es expresión de una preferencia arbitraria por los miembros de la propia especie que discrimina injustificadamente a otras especies y que tiene efectos indeseables⁷³.

Pues bien, a mi modo de ver, esta percepción de los individuos «severamente discapacitados» como un grupo absolutamente alejado del resto de los miembros de la sociedad⁷⁴ con el que no compartimos

⁶⁹ Vid. en esta línea el trabajo de McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *The Journal of Ethics*, 9, 2005, pp. 353–380 con cuyas objeciones coincide DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», *cit.*, pp. 22 y ss.

⁷⁰ Y es que, en efecto, estos autores no solo usan en muchos casos una terminología peyorativa sino que en ocasiones olvidan incorporar en sus «etiquetas» el calificativo de grave o severa y aunque sus preferidos son los ejemplos de situaciones extremas, fomentan la generalización de sus conclusiones a otros casos más moderados, e incluso en ocasiones se refieren a ejemplos como el de los niños con síndrome de Dwon.

⁷¹ CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, pp. 144 y ss.

⁷² McMahan, J., «Cognitive Disability, Misfortune, and Justice», *Philosophy and Public Affairs*, 25(1), pp. 3–35, p. 34. Vid. también McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *cit.*, pp. 363–365.

⁷³ Efectos que se considera no se compensan por lo muy bien que así tratamos a los seres humanos «severamente discapacitados», DE LORA, P., «La familia humana y otros animales», *cit.*, p. 26. La parcialidad, según McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *cit.*, p.361 tampoco compensa en términos cuantitativos, atendiendo al número de seres implicados.

⁷⁴ Como pone de relieve CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, p. 152 las comparaciones a las que se recurre (que no son las de los grandes simios, sino las de los perros o los cerdos); los ejemplos de situaciones extremas; la discusión solo de los casos más graves (si bien luego se tiende a generalizar sobre su condición), la insistencia de que «ellos» comparten más rasgos con los animales que con «nosotros», y «nosotros» tenemos más en común con ciertos animales o con los marcianos inteligentes que con «ellos» se orientan a deshumanizar a los individuos con discapacidad cognitiva fomentando esta percepción.

nada salvo la biología descansa en la perversa, peligrosa y potencialmente excluyente dicotomía «nosotros/ellos»⁷⁵ que la teoría de los derechos se ha esforzado por derrumbar y no tiene por qué ser asumida como un axioma incuestionable en tanto se basa, de nuevo, en una descripción errónea del colectivo que puede ser contestada apelando a la experiencia y a la historia real de la discapacidad como una historia de horizontes que se van abriendo⁷⁶. Por otro lado, es importante aclarar –y por ello la llamada de atención de los teóricos de los derechos de los animales tiene sentido– que la aproximación desarrollada en estas páginas se orienta únicamente a justificar la igual consideración moral de todos los seres humanos, sin prejuzgar el tratamiento que deba darse a otros seres (sin incurrir, por tanto, en el especieísmo, ni en ningún tipo de explotación conceptual de los animales no humanos)⁷⁷. La argumentación parte de la consideración de que la selección de alguna (o algunas) capacidad cognitiva sofisticada como lo más –o incluso lo único– importante en la determinación de la personalidad moral tiene un componente de arbitrariedad⁷⁸ en tanto desprecia otras dimensiones humanas relevantes constituyendo un privilegio injustificado que discrimina a los seres humanos con

⁷⁵ No podemos olvidar que históricamente el estatus moral de los seres humanos que han sido considerados integrantes de un grupo percibido como «otro» ha sido rutinariamente negado (extranjeros, minorías raciales, mujeres, personas con discapacidad física), JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «The Grounds of Moral Status», *cit.* Y tampoco que esta exclusión ha estado vinculada en ocasiones a su animalización, CARLSON, L., *The faces of intellectual disability*, *cit.*, p. 132.

⁷⁶ KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», *cit.*, pp. 126 y ss.

⁷⁷ En este sentido, me parece perfectamente razonable suponer que una teoría puede estar comprometida con la consideración de que todos los seres humanos merecen el mismo respeto porque son nuestros semejantes y no extraer de esta afirmación conclusiones que impliquen justificar ni perpetuar el mal trato que en la actualidad damos a los animales. Considero que no tiene por qué existir un conflicto radical – como los defensores de los derechos de los animales parecen presuponer– entre los intereses de las personas con graves discapacidades cognitivas y los animales no humanos de tal manera que para tratar mejor a los segundos, necesariamente tengamos que tratar peor a las primeras. Pero, más aún, no es solo que la aproximación asumida en estas páginas sea compatible con la atribución de (algún) estatus moral a los animales sobre la base de su capacidad para sentir o sufrir es que, además, la apelación a la capacidad o al potencial de algunas especies para compartir nuestra vida en común de formas diversas pero, en todo caso, importantes podría elevar el estatus de algunos animales más allá de su consideración como pacientes morales y atribuirles algún grado agencia moral. La posibilidad de que otros seres no humanos compartan nuestra vida en común y desempeñen funciones socialmente relevantes destacada por McMAHAN, J., «Our Fellow Creatures», *cit.*, pp. 364 y 355, no sería una debilidad de esta aproximación, sino una fortaleza que, además, podría emplearse para abordar situaciones como la de los robots (Vid, sobre esta cuestión DE ASÍS, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykison, Madrid, 2015). En todo caso, en este punto otra vez el autor vuelve a considerar erróneamente que algunas personas con discapacidad no pueden participar de ninguna forma en las relaciones humanas que integran nuestra forma de vida y de nuevo considera que los animales pueden participar de forma más significativa que estos individuos.

⁷⁸ KITTAY, E., «At the Margins of Moral Personhood», *cit.*, p. 212.

discapacidad⁷⁹. A mi juicio, los defensores de los derechos de los animales deberían sumarse al cuestionamiento de este privilegio y no contribuir a perpetuarlo y fortalecerlo⁸⁰. Finalmente, conviene insistir en que la aproximación que se ha intentado defender en estas páginas no es parcial. Por un lado, porque de hecho compartimos mucho más de lo que estos autores suponen con los seres humanos con importantes discapacidades cognitivas. Y, de otro, porque tratar a los individuos como sujetos que poseen potencial de desarrollo moral hace mucho más probable su florecimiento efectivo alterando lo que son capaces de hacer⁸¹. En estas coordenadas afirmar la igual consideración moral de todos los individuos no tiene por qué ser interpretada como un «prejuicio humano» que necesariamente atenta contra la condición de otros seres, sino que se presenta como una exigencia moralmente defendible.

Las reflexiones desarrolladas en este apartado han pretendido contribuir a señalar algunos caminos que pueden conducir a tomarnos en serio la idea, tan manida en el discurso teórico y práctico de los derechos, del igual valor inherente de todos los seres humanos⁸². Relacionarnos con las personas con discapacidad considerando que cualquie-

⁷⁹ En este sentido y usando la estrategia de los estudios de los derechos de los animales no sería descabellado calificar esta discriminación de *disablism*, para poner de relieve su conexión con el sexismo o el racismo.

⁸⁰ Y ello no solo porque esta estrategia podría ser mucho más interesante para sus pretensiones, sino también porque los problemas de falta de inclusión, conclusiones contraintuitivas y efectos perversos que les sirven para rechazar la validez general del argumento de la pertenencia a la especie en cualquiera de sus versiones son aplicables con mayor razón a la aproximación de las capacidades sofisticadas que 1) se muestra excluyente –no con ingeniosos experimentos mentales que apelan a casos hipotéticos de marcianos inteligentes y animales genéticamente mejorados que son valiosos en tanto contribuyen a poner de relieve los límites y lagunas de estas teorías pero que no son concluyentes para desacreditarlas totalmente– sino con seres humanos reales que están aquí, ahora y que forman parte de nuestras familias y comunidades, 2) que genera consecuencias sumamente perturbadoras que no se compensan por lo mal que se puede seguir tratando desde este enfoque –que es el tradicional– a los animales no humanos y 3) que se enfrenta a la poderosa intuición comúnmente compartida del igual valor asociado a todos seres humanos. En este sentido DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals», cit. han señalado que al no cuestionar este privilegio y recurrir a comparaciones perversas se entra en una especie de competición «de suma cero» con respecto a quien cae más cerca de la norma privilegiada que no beneficia a ninguno de los colectivos y han propuesto una nueva alianza entre la teoría de los derechos de los niños, las personas con discapacidad cognitiva y los animales que incide en algunos aspectos que se han resaltado en este trabajo.

⁸¹ JAWORSKA, A., y TANNENBAUM, J., «Person-Rearing Relationships as a Key to Higher Moral Status», cit., pp. 270 y 271.

⁸² La afirmación de que «si tú eres humano, tienes un valor especial» no tiene por qué significar –como interpreta SINGER, P., «Specieism and moral status», cit., pp. 335– que «sólo si tú eres humano, tienes un valor especial», Byrne, P., *Philosophical and Ethical Problems*, cit., pp. 51-52. La interpretación de Singer supone si tú eres un ser humano con capacidades cognitivas, tienes el más alto valor y si eres un ser humano sin esas capacidades o un animal, tienes menos.

ra que sea el tipo y gravedad de su diversidad funcional son sujetos morales que deben poder participar en el debate moral y, por ende, aspirar a desarrollar sus propios planes y proyectos de vida, hasta donde sea posible, es entender que son merecedoras de igual consideración y respeto, esto es, supone reconocer su dignidad.

3.1.2. DIGNIDAD Y COOPERACIÓN SOCIAL

Como antes se indicó, la idea de dignidad se ha relacionado en la versión estándar de la teoría de los derechos con la contribución de los individuos a la sociedad y esa contribución, tradicionalmente, se ha definido en términos de beneficio mutuo y utilidad social. Desde este enfoque, los individuos que participan en la discusión moral se caracterizan por su «homogeneidad», deben ser sujetos racionales, independientes, con necesidades parecidas y capaces de un «nivel normal» de productividad y cooperación social⁸³. Pues bien, según también se advirtió, algunas personas con discapacidad pueden no ser ciudadanos «plenamente cooperantes» de acuerdo con esta visión. En este sentido, la teoría de los derechos humanos –sea, o no, de corte contractualista– debe replantearse la cuestión de los fines de la cooperación social. La ventaja recíproca y la utilidad social no tienen por qué ser considerados necesariamente como los lazos más fuertes que unen a los individuos en una comunidad⁸⁴.

En este ámbito se ha propuesto la relación de confianza mutua como el candidato idóneo para sustituir a la idea de cooperación negociadora orientada al beneficio mutuo. La confianza se presenta en muchos sentidos como una «relación humana paradigmática» como una interacción humana fundacional que resulta esencial para la coo-

⁸³ De nuevo la teoría de Rawls es paradigmática en este sentido. Así, en su construcción la exclusión de las personas con grave discapacidad física se justifica porque, aunque en este caso las personas podrían ser «plenamente cooperantes», en el sentido de «normalmente productivas» siempre que se establezcan ciertas adaptaciones y condiciones sociales, el excesivo coste que puede comportar la adopción de estas medidas parece no compensar al resultar ineficiente en términos económicos, lo que conduce a cuestionar el requisito de la «reciprocidad». Como apunta NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, cit., pp. 116 y 117 si el acuerdo de cooperación es «para obtener un beneficio mutuo los participantes deberán juntarse con personas de cuya cooperación esperar obtener algo, no con personas con necesidades inusuales y costosas, que no puedan contribuir demasiado al producto social y que, por tanto, reducen el nivel de bienestar del conjunto de la sociedad». En relación con las personas con discapacidades mentales e intelectuales a las razones de productividad y de coste social se suman otras más profundas. Las personas con discapacidad mental e intelectual son directamente descalificadas como ciudadanos porque carecen de las capacidades morales necesarias para comprender los términos del acuerdo de reciprocidad.

⁸⁴ *Idem*, p. 167 señala «No necesitamos ganarnos el respeto de los demás siendo productivos... La sociedad está unida por un amplio abanico de afectos y compromisos, solo algunos de los cuales tienen que ver con la productividad. La productividad es necesaria, e incluso buena, pero no es la finalidad principal de la vida social». *Vid.* también *Idem*, p.140.

peración social y para el desarrollo de un sistema de justicia. En una cultura de la confianza, a diferencia de lo que sucede en una cultura negociadora, las personas con discapacidad pueden ser tanto participantes como beneficiarios igualmente importantes de la empresa de la justicia⁸⁵. En efecto, a diferencia de la negociación, la confianza no requiere de un razonamiento sofisticado y no se basa en las contribuciones materiales de los demás ni en la reciprocidad directa de los beneficios, por lo que no reclama la homogeneidad ni la simetría de las partes. Y se muestra como una relación accesible para todas las personas, de manera que quienes no pueden ser considerados como negociadores racionales e independientes sí pueden, sin embargo, participar en los procesos de creación y fortalecimiento de la confianza⁸⁶. El fin de la confianza ofrece una imagen de la cooperación más compleja que no genera beneficios materiales entre las partes de manera directa, pero que sí genera un importante beneficio social: las interacciones entre los participantes enriquecen a la propia comunidad y la contribución a ese clima social de confianza les reporta beneficios. Según Silvers y Francis, la dinámica social basada en la idea de confiar y recibir confianza refuerza el respeto mutuo, la obligación de los más «capaces» de dar o de dar más a los menos «capaces», y alienta la reciprocidad indirecta basada en la expectativa de ser beneficiado «no por los destinatarios reales de nuestras buenas obras, pero sí mediante la estimulación de un ambiente en el que la gente está dispuesta a ayudar a cada uno de los otros»⁸⁷.

A mi modo de ver, esta reflexión entronca con la importancia del valor de la solidaridad en el discurso de los derechos que debe enfatizarse en el tratamiento de la discapacidad⁸⁸ y reemplaza la imagen de la sociedad como un conjunto de negociadores independientes que actúan en su propio interés para conseguir mutuos beneficios por una imagen de una comunidad de sujetos interdependientes que tienen en cuenta la situación, los intereses y puntos de vista de los demás y que confían, se apoyan y cooperan en el desarrollo de sus planes y proyectos de vida.

3.2. La renovación de la autonomía

La reconstrucción del discurso de los derechos en términos incluyentes para las personas con discapacidad exige reemplazar su consideración como individuos no autónomos por su contemplación como sujetos a quienes se les ha negado la autonomía. Lo anterior implica

⁸⁵ SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust...», *cit.*, pp. 43 y 44.

⁸⁶ *Idem*, pp. 68 y 73.

⁸⁷ *Idem*, p. 70.

⁸⁸ CAMPOY CERVERA, I., «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, pp. 125-155, pp. 134y ss.

entender la autonomía no como un punto de partida, sino como un punto de llegada⁸⁹ y reclama, de nuevo, tanto la extensión a las personas con discapacidad la visión tradicional de la autonomía como completar y reconstruir esa visión.

Como primer paso es necesario cuestionar la justificación del diferente resultado que la ponderación entre el principio de autonomía y el principio de protección arroja en función de que entre e juego, o no, el factor de la discapacidad. Este balance en el caso de las personas sin discapacidad cae casi siempre, incluso cuando esas elecciones son claramente irracionales y no están basadas en su «mejor interés», del lado de la autonomía. Ciertamente, en situaciones extremas se justifican medidas paternalistas que, como último recurso, pueden implicar la sustitución de la persona en la toma de sus decisiones. En todo caso, se trata de casos excepcionales en los que se exige la concurrencia de una serie de elementos –que permiten considerar a los ciudadanos «normales» puntualmente como incompetentes básicos– y que se rodean de robustas garantías⁹⁰. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad la ponderación siempre arroja como resultado la primacía del principio de protección sin que se requiera la concurrencia de los elementos ni las salvaguardas que se exigen en el caso de las personas normales⁹¹. Desde esta óptica las personas con discapacidad (generalmente, aunque de nuevo no únicamente, personas con discapacidades mentales e intelectuales) son tratadas como incompetentes básicos «naturales» en relación con todas sus decisiones y son generalmente reemplazados en su adopción.

En este punto, la teoría de los derechos debe re-balancear el conflicto entre la protección y la autonomía atendiendo a la dignidad del riesgo y al derecho de las personas con discapacidad a cometer también sus propios errores como parte del crecimiento humano⁹². Las personas con discapacidad también pueden ser «sujetos» de medidas

⁸⁹ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 197.

⁹⁰ Vid. sobre el paternalismo RAMIRO AVILÉS, M. A., «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, 15, 2006, pp. 229-230. Los metacriterios que permitirían declarar la incompetencia básica de una persona serían la ignorancia o falta de información, la compulsión y la ausencia de racionalidad, Vid. GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5, 1988, pp. 155-173, pp. 165-167.

⁹¹ Así se indica, por ejemplo, que las medidas paternalistas deben orientarse a evitar un daño grave e irreparable a la persona, deben ser lo menos restrictivas posible para su autonomía orientándose a proteger el proceso de formación de su voluntad, deben respetar su concepción del bien, etc. Vid. la idea de consentimiento hipotético u orientado hacia el futuro que propone DWORKIN, G., «Paternalismo» en BETEGON, J., y DE PÁRAMO, J. R., (dirs.), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 156 y ss.

⁹² QUINN, G., «Concept paper. Personhood and legal capacity. Perspective of Paradigm Shift of art. 12 CRDP», HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010, pp. 11 y ss., y Bach, M., y Kerzner, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 86 y 88.

paternalistas, pero nunca por razón de discapacidad y, por tanto, en las mismas situaciones y con las mismas garantías que el resto de los ciudadanos. El paternalismo para considerarse justificado no puede establecer soluciones generales amparándose en la especificidad del colectivo o estableciendo grados de discernimiento, que no resultan neutros y que solo se aplican a las personas con discapacidad.⁹³

En segundo lugar en el contexto de la discapacidad, pero también en otros, debe abogarse por un concepto complejo y robusto de autonomía integrado por dos tipos de contenidos: un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del Estado y de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona y que se corresponde con la visión clásica de la autonomía y un contenido de tipo positivo, que reclamaría la intervención activa del Estado y de la sociedad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona⁹⁴.

La dimensión negativa de la autonomía requiere el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Las elecciones de vida de estas personas han de ser siempre respetadas en la misma medida que las del resto de los ciudadanos. La dimensión positiva de la autonomía reclama que, en aquellas situaciones en las que las diferencias que, efectivamente, algunos individuos presentan en sus capacidades y talentos puedan generar dificultades en la elección de planes y proyectos de vida se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminar o paliar dichos obstáculos. De lo que se trata, por tanto, es de promover y maximizar la autonomía y no de negarla, entorpecerla o impedirle. De esta forma, la visión de las personas con discapacidad como sujetos igualmente dignos requiere no solo remover las barreras que restringen su desarrollo moral autónomo, sino también habilitarles, apoyarles y asistirles para que puedan tomar sus propias decisiones.

En relación con esta apreciación, importa también destruir el mito del ejercicio independiente de la autonomía que, de nuevo, se ha mostrado excluyente para las personas con discapacidad que pueden depender de otros en formas importantes para expresar y formular sus concepciones del bien.⁹⁵ Afirmar seriamente que la autonomía prohíbe la asistencia y la interacción con otros en la elaboración y puesta en marcha de planes y proyectos de vida supondría denegar la agencia moral a todos los individuos⁹⁶. Tampoco los sujetos «normales» adoptan sus elecciones de manera aislada y absolutamente independiente.

⁹³ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 59.

⁹⁴ DE ASÍS ROIG, R., y BARRANCO AVILÉS, M. C., «El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» en Barranco Avilés, M. C., (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, pp.107-131, pp. 110 y 111.

⁹⁵ FRANCIS, L. P., y SILVERS, A., «Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency», *Social Theory and Practice*, 33, 2, 2007, pp. 311-334, p. 332.

⁹⁶ Vid. SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Thinking about the good...», cit., p. 249.

Deciden influidos por el contexto social, económico, familiar etc., y/o aconsejados o asistidos por terceros. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las personas con discapacidad, estas «dependencias» no acarrearán la pérdida de su libertad para adoptar sus propias decisiones.

En este punto importa destacar que la autonomía no es solitaria, sino que en la práctica es interdependiente o relacional⁹⁷. El concepto de «autonomía relacional»—desarrollado en el ámbito de la filosofía del feminismo— revela que la toma de decisiones no es un proceso exclusivamente «individual», pero, además, insiste en que la propia identidad de la persona se conforma en el contexto de una compleja red de relaciones y está fuertemente condicionada por factores sociales. Nuestra identidad no es algo construido solo en primera persona, sino que también terceras personas contribuyen a su formación⁹⁸. Otra vez los estudios en el campo de la neurociencia prueban que la mente no es una entidad atomista y que su funcionamiento depende tanto de estructuras biológicas como de factores sociales, culturales e interpersonales⁹⁹. En síntesis, de nuevo por lo que respecta a la cuestión de la dependencia, la diferencia entre las personas con discapacidad y sin discapacidad es solo gradual, la situación de las primeras es únicamente una versión más visible y extensiva del lugar común¹⁰⁰. Las personas con discapacidad, al igual que las personas sin discapacidad, tienen concepciones personalizadas del bien que deben ser respetadas aunque algunas de ellas no hayan sido formuladas o comunicadas completamente por ellos mismos.

Algunas personas con discapacidad pueden depender de otros para el ejercicio de su autonomía en diferentes formas y niveles. Pueden necesitar asistencia para comunicar sus elecciones¹⁰¹ y/o para la

⁹⁷ *Ibidem*. También destacan esta idea Bach, M., y Kerzner, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 39 y ss. *Ver* sobre el concepto de autonomía relacional Mackenzie, C., y Stoljar, N. (ed.), *Relational Autonomy*, Oxford University Press, New York, 2000.

⁹⁸ LINDEMANN, H., «Holding one another (well, wrongly, clumsily) in time of dementia», KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its Challenges to Moral Philosophy*, *cit.*, pp. 161-169.

⁹⁹ En apoyo de esta consideración ver de nuevo Damasio, A., *Self comes to mind*, *cit.*

¹⁰⁰ BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, p. 84, FRANCIS, L. P., y SILVERS, A., «Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good», *cit.*, pp. 331 y 332. *Ver* también QUINN, G., «An ideas paper. "Rethinking Personhood: New Directions in Legal Capacity Law & Policy." Or How to Put the "Shift" back into "Paradigm Shift"», Conferencia pronunciada en University of British Columbia, Vancouver, Canada, 29 de abril de 2011, disponible en <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/events/Vancouver%20GQfinal.pdf>. (consultada por última vez 30 de mayo de 2015).

¹⁰¹ En este punto Jennings, B., «Agency and moral relationship in dementia» en KITTAY, E. F., y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its challenges to moral philosophy*, *cit.*, pp. 171-182, pp. 176 y ss. propone el concepto de «agencia semántica» relativo a la capacidad para comunicar, participar en relaciones significativas y comprender y evaluar esa comunicación. La comunicación no se identifica con la comunicación semiótica, sino que se amplía a gestos, contactos, expresiones faciales, posturas, contacto visual como medios de expresión de la agencia semántica.

propia formación de sus planes de vida¹⁰², e incluso para la reconstrucción de sus ideales morales¹⁰³. Todas estas relaciones de interdependencia, que deben estar presididas por el respeto de la identidad de la persona, pueden revelar la agencia moral poniéndola en práctica. La teoría de los derechos debe reconocer y valorar estos mecanismos de agencia dependiente y ofrecer parámetros para que la misma se articule no como una forma de restringir la autonomía, sino de potenciarla. Desde estos parámetros un tratamiento adecuado de la discapacidad exigiría establecer entre el modelo antipaternalista que confía en la autorrepresentación de las experiencias subjetivas y el modelo paternalista que confía en el juicio de un tercero acerca del bienestar objetivo –al que responde el estándar del «mejor interés»– un modelo intermedio que permita que las concepciones subjetivas del bien de los sujetos que tienen dificultades para desarrollar su autonomía puedan ser, en diversos grados, mediadas, interpretadas y representadas por otros¹⁰⁴.

3.3 La renovación de la igualdad

Como antes se indicó, en el discurso estándar de los derechos la discapacidad, como factor de vulnerabilidad, ha sido abordada desde el enfoque individual, el modelo médico y el proceso de especificación. Pues bien, a mi modo de ver, esta perspectiva contribuye a la estigmatización y minusvaloración de las personas con discapacidad, perpetuando su imagen como sujetos especiales, fuera de lo normal¹⁰⁵. Una aproximación adecuada a la discapacidad exige su tratamiento

¹⁰² SILVERS, A., y FRANCIS, L. P., «Justice through Trust», *cit.*, pp. 247 y ss. plantean el «pensamiento asistido» como una práctica protésica que difiere en extensión e implementación pero no en naturaleza de las interacciones sociales que permiten a las personas «normales» formular sus propias concepciones del bien. Su función sería similar a la de las prótesis que utilizan las personas con discapacidades físicas.

¹⁰³ JENNINGS, B., «Agency and moral relationship in dementia», *cit.*, pp. 176 y ss. alude también al concepto de *memorial personhood* que significa ser una persona en la imaginación y memoria de otros y que exige el esfuerzo de recordar la historia de vida de la persona para decidir de acuerdo con ella. Como antes se dijo, también BACH, M., y KERZNER, L., «A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity», *cit.*, pp. 63 y ss. abogan por una aproximación narrativa a la agencia humana que es lo que hace razonable las decisiones que dan efecto a las intenciones de las personas que no pueden comunicarse por ningún medio y no el estándar abstracto de la «persona razonable» o del «mejor interés».

¹⁰⁴ DONALDSON, S., y KYMLICKA, W., «Rethinking membership and participation in an inclusive democracy: cognitive disability, children, animals», *cit.*

¹⁰⁵ DE ASÍS ROIG, R. de, «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos» en Campoy Cervera, I., y Palacios, A., (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-50, p. 34. También Barranco Avilés, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 22 y 23.

desde el enfoque de la situación, el modelo social y el proceso de generalización.

Así, en primer lugar, el discurso de los derechos debe proyectar en la discapacidad la renovada comprensión de la vulnerabilidad que ha comenzado a consolidarse en relación con otros colectivos y que encuentra dificultades específicas en este contexto en el que la ideología de la normalización se muestra especialmente resistente¹⁰⁶. Esta nueva visión supone reemplazar la consideración de la vulnerabilidad como una condición personal compartida por los miembros de un grupo que refleja una cierta fragilidad por su comprensión como una situación producto de una construcción social y de relaciones de poder.

En conexión con lo anterior, el discurso de los derechos debe asumir los presupuestos básicos del modelo social de tratamiento de la discapacidad. La idea fuerza de este modelo radica en entender que la discapacidad no es tanto un rasgo individual, sino una situación provocada por la interacción entre la diversidad funcional y el diseño de la sociedad desde los parámetros psíquicos y físicos del estereotipo culturalmente dominante¹⁰⁷. Esta visión, conduce a redefinir el objeto de la normalización que pasa a ser la sociedad, y no las personas, cobrando una relevancia esencial la eliminación de barreras no solo físicas, sino también, comunicacionales, cognitivas y actitudinales. Y, en este sentido, la accesibilidad universal debe convertirse en uno de los grandes principios, conectado intrínsecamente con el principio de igualdad, del discurso de los derechos¹⁰⁸.

En estas coordenadas, el proceso de generalización, que se caracteriza por ampliar o extender la titularidad de los derechos universales haciéndola menos «abstracta» con el objetivo de incluir a más sujetos «reales»¹⁰⁹, se presenta como el punto de vista más adecuado desde el que afrontar el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad. Lo anterior supone que las herramientas básicas para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad deben basarse en las dos proyecciones clásicas de la igualdad –la diferenciación negativa y la diferenciación positiva– generalizando y haciendo efectivos los derechos humanos a este colectivo y que el discurso de los derechos de las personas con discapacidad debe estar centrado en situaciones y no en rasgos individualizadores¹¹⁰.

En cualquier caso la adopción del modelo social como enfoque como principal no supone que la teoría de los derechos no deba abrirse también a otros modelos.

¹⁰⁶ CUENCA GÓMEZ, P., «Discapacidad, normalidad y derechos humanos» en BARRANCO AVILÉS, M. C., y CHURRUCÁ MUGURUZA, C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 25-65.

¹⁰⁷ Vid. sobre el modelo social, PALACIOS, A., *El modelo social...*, obra ya citada.

¹⁰⁸ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 76 y ss.

¹⁰⁹ BARRANCO AVILÉS, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 22.

¹¹⁰ DE ASÍS ROIG, R. De, *Derechos humanos y discapacidad*, cit., p. 73.

En este punto cobran relevancia el modelo de la diversidad y el modelo de la identidad. El primero exalta el valor de la diversidad representada por la discapacidad que se considera como un factor enriquecedor de la sociedad¹¹¹. El segundo defendido por la comunidad sorda, considera que esta comunidad constituye una minoría cultural y lingüística con una identidad común, construida en torno al uso de la lengua de signos, que debe ser respetada, preservada y promovida. Desde este punto de vista, el modelo de la identidad se apoya en la especialidad del colectivo y adopta un enfoque del proceso de especificación justificando con argumentos de corte identitario la existencia de derechos propios de la comunidad sorda, que aparecería concebida como una minoría cultural y lingüística¹¹².

A mi modo de ver, una buena teoría de los derechos debe tener en cuenta el valor de la diversidad y combinar la perspectiva universalista, como punto de vista principal, con la visión particularista atenta a las demandas culturales.

4. EL RECONOCIMIENTO DE (NUEVOS) DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Pues bien, la necesaria renovación del discurso teórico, cuyos rasgos esenciales he tratado de esbozar en los apartados anteriores, tiene importantes consecuencias en términos de reconocimiento de derechos. Estas implicaciones han sido, en gran medida, asumidas por la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante CDPD).

De un lado, desde esta nueva visión, las restricciones y limitaciones que las personas con discapacidad que no logran ajustarse a los parámetros de normalidad encuentran en el reconocimiento, ejercicio y disfrute de los derechos «comunes» ya no se consideran naturales, inevitables o necesarias, sino que se revelan como netamente discriminatorias¹¹³. En

¹¹¹ DE ASÍS ROIG, R. «Presentación» en PALACIOS, A., y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad*, AIES, Madrid, 2006, pp. 15-25. Este modelo propugna un cambio terminológico que erradique cualquier connotación negativa relativa a la discapacidad proponiendo el uso de la expresión personas con diversidad funcional y pone el énfasis en la idea de igual dignidad en la diferencia, exigiendo una aplicación coherente en todos los ámbitos –y especialmente en el biomédico– de la consideración de que la vida de todas las personas, con o sin diversidad funcional, tiene el mismo valor y reclamando el respeto de su autonomía.

¹¹² Esta es la posición de LANE, H., «Ethnicity, ethics, and the deaf-world», *Journal of Deaf Studies and Deaf Education*, 10, 3, 2005, pp. 291-310. Vid. sobre este planteamiento RAMIRO AVILÉS, M. A., «Lengua de signos y audismo» en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid, 2012 pp. 61-98.

¹¹³ Vid. en este sentido la definición de la discriminación por motivos de discapacidad contenida en el artículo 2 de la CDPD y la recurrente insistencia en la formula-

conexión con lo anterior, la efectiva generalización de los derechos universales en condiciones de igualdad exige adaptar su formulación abstracta y sus condiciones generales de ejercicio, pensadas por y para un titular estándar, a la situación, necesidades y circunstancias concretas de existencia de las personas con discapacidad¹¹⁴. En este sentido, podría señalarse que en el contexto de la discapacidad se deben generalizar derechos especificando contenidos, modalidades de ejercicio, medidas instrumentales o garantías adicionales.

Por otro lado, la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos justifica la aparición de nuevas demandas morales que podrían configurarse –en algún sentido– como nuevos derechos¹¹⁵. En conjunto estos derechos –a diferencia de lo que sucede con los derechos «especiales» en el enfoque tradicional– no se desenvuelven prioritariamente en el ámbito de la atención médica y la asistencia social y no tienen por qué considerarse exclusivos de las personas con discapacidad. Estos derechos se presentan como demandas esenciales del discurso de los derechos y de alguna forma como condiciones de disfrute del resto¹¹⁶, se justifican en la necesidad de superar situaciones de discriminación, que afectan especialmente pero quizá no exclusivamente a las personas con discapacidad, y entroncan, por tanto, con la pretensión de universalidad de los derechos. Siguiendo a De Asís podríamos decir que estos nuevos derechos –que aparecen contempla-

ción de los diferentes derechos a la necesidad de reconocerlos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

¹¹⁴ En este punto la CDPD emplea diferentes estrategias añadiendo una textura semántica adicional a algunos derechos, estableciendo con detalle las medidas que se requieren para implementarlos, garantizarlos y hacerlos efectivos, o extendiendo algunos derechos «comunes» dando lugar a novedosas formulaciones o categorías separadas de derechos –aunque no exactamente a nuevos derechos en tanto pueden ser entendidos como una combinación, amplificación o reordenación del contenido de derechos anteriores– que son más sensibles con hacia la realidad de las personas con discapacidad y la responsabilidad que en el origen y mantenimiento de situaciones de discriminación tienen no solo los poderes públicos, sino también los poderes privados y la sociedad en general. *Vid.* sobre estas estrategias CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 166 y ss., siguiendo a MEGRET, F., «The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Humans Rights Quartely*, 30, 2008, pp. 494-516.

¹¹⁵ En este sentido, importa aclarar que es dudoso que puedan considerarse «auténticos» nuevos derechos en el sentido de que no surgen de «una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico sino que, más bien, han de ser vistos como instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos y las libertades ya reconocidos» RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2.ª edición, 2011, p. 35. Se trataría en este sentido de derechos que encajarían en la categoría de los «derechos cotidianos» que tienen como objetivo «poner en funcionamiento a los que ya han sido reconocidos en el Ordenamiento jurídico como derechos humanos y/o están consolidados como tales en nuestro sistema político». Así, con estos derechos lo que se pretende es «ampliar el horizonte democrático, a fin de incluir en su seno a grupos que permanecen materialmente al margen de la toma de decisiones y de las estructuras de la sociedad».

¹¹⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit. p. 101.

dos en la CDPD— serían el derecho a la capacidad jurídica (que comprende el derecho a una igual capacidad y a los apoyos necesarios en la toma de decisiones) el derecho a la accesibilidad universal (que comprende el derecho a una igual accesibilidad y a los ajustes razonables) el derecho a elegir una forma de vida (y a la asistencia necesaria para desarrollar las actividades fundamentales de la vida diaria) y el derecho al uso y al aprendizaje de la lengua de signos¹¹⁷.

El derecho a la igual capacidad jurídica, reconocido en el artículo 12 de la CDPD, supone un rechazo radical al modelo paternalista en el que se basa la institución de la incapacitación que niega el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones y permite su sustitución por un tercero. De este derecho deriva el derecho de acceso a los apoyos para las personas que puedan encontrar dificultades para el ejercicio de la capacidad jurídica. Estos apoyos —expresión de la dimensión positiva de la autonomía a la que antes me referí— deben basarse en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona y orientarse a posibilitar el ejercicio de todos sus derechos¹¹⁸. En relación con la accesibilidad universal, relacionada en el artículo 9 de la CDPD con la vida independiente y la participación plena y efectiva en la sociedad, pueden diferenciarse diversas construcciones jurídicas que no tienen por qué resultar incompatibles¹¹⁹. En todo caso, la accesibilidad justifica el (nuevo) derecho a los ajustes razonables que cobra sentido cuando no es posible o razonable el diseño inicial o la adaptación universal de los bienes, productos, servicios, etc. y debe realizarse una adaptación particular. El derecho a elegir una forma de vida —que aparece formulado en el artículo 19 de la CDPD como el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad— presentaría los dos

¹¹⁷ *Idem*, pp. 102 y ss.

¹¹⁸ He analizado con algún detalle los rasgos generales de este modelo de apoyo y he apuntado algunas propuestas para su implantación en el sistema jurídico español en CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, 10, 2012, pp. 61-94.

¹¹⁹ Así, la accesibilidad universal puede entenderse 1) como un principio jurídico, configuración en la que se considera su consideración como un principio básico del sistema de derechos humanos 2) como parte del contenido esencial de todos los derechos, en tanto se erige en condición necesaria para la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por los derechos con lo que gozaría de una proyección transversal 3) como parte del derecho a la no discriminación, lo que implica defender la existencia de un derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad y permite hablar de un derecho a la igual accesibilidad 4) como un derecho autónomo o singular, configuración que parece complicada cuando la accesibilidad se conecta con bienes, productos y servicios vinculados con los derechos humanos en la medida en la que el disfrute de todos los derechos humanos requiere el acceso al bien protegido por el derecho en cuestión, pero que podría tener sentido cuando se trata de otros bienes conectados con la participación en la vida social, DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, *cit.*, pp. 108 y ss.

grandes contenidos, de no intervención y de promoción, a los que antes he aludido al desarrollar el concepto robusto de autonomía que, a mi modo de ver, ha de asumir la teoría de los derechos. Aunque, ciertamente, resulta complejo individualizar su contenido, una consecuencia específica de este derecho general sería el reconocimiento del derecho a la atención o asistencia en las actividades fundamentales de la vida diaria, esto es, en aquellas que son necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, que vendría a proteger a todos los individuos que se encuentren en una situación de dependencia¹²⁰.

Los derechos hasta aquí analizados se corresponderían con una demanda general y abstracta o con una demanda concreta (cuando no se satisface la demanda general). Así, los derechos a la igual capacidad, a la igual accesibilidad y a elegir una forma de vida son derechos universales que poseen un alcance general y que pertenecen a todas las personas¹²¹. Por su parte, el derecho a los apoyos en la toma de decisiones, a los ajustes razonables, y a la asistencia para la realización de las actividades fundamentales de la vida diaria serían derechos concretos que se tienen en aquellas situaciones en las que existen dificultades para satisfacer la demanda general que, en todo caso, no tendrían por qué ser únicamente situaciones de discapacidad.

Finalmente, el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos tendría cabida en el discurso de los derechos, desde el proceso de generalización y el modelo social, como herramienta que posibilita el acceso a la información y la corrección de situaciones de discriminación –compartiendo, por ende, los rasgos básicos de los derechos antes analizados– y, desde el modelo de la identidad y el proceso de especificación, como demanda de un grupo cultural¹²².

Comenzaba este trabajo señalando cómo hasta fechas muy recientes nuestra disciplina no se había preocupado de la discapacidad. Con estas reflexiones pretendo haber contribuido a mostrar el interés de esta cuestión y la oportunidad que algunos de los desafíos que plantea nos brindan para avanzar en la construcción de un discurso de los derechos más potente e inclusivo, no solo para las personas con discapacidad sino para todos los seres humanos.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.

¹²⁰ *Idem*, pp. 125 y ss.

¹²¹ *Idem*, p. 144.

¹²² La CDPD parece combinar ambos enfoques al justificar la relevancia de la lengua de signos como instrumento necesario para el disfrute de todos los derechos (artículo 24.3) y como rasgo cultural e identitario de la comunidad sorda, *Idem*, p. 141. *Vid.* un análisis más complejo de las diferentes concepciones o modelos de este derecho en DE ASÍS, R., «Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de las lenguas de signos» en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, cit., pp. 99-134.

