

# SOBRE LA INCLUSIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS HUMANOS: 1. *El tratamiento de la discapacidad en la teoría de Rawls*. 2. *El tratamiento de la discapacidad en la teoría de Nussbaum*.—III. LA REVISIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN TÉRMINOS INCLUSIVOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. *La revisión de la importancia de la discapacidad*. 2. *La revisión del enfoque*. 3. *La revisión como extensión coherente y como reformulación*. 4. *La revisión de la noción de dignidad*. 5. *La revisión de la autonomía*.—IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LA CONEXIÓN ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LOS DERECHOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Las teorías de la justicia en general y las teorías de los derechos humanos en particular se han venido cimentando desde la ilustración en una serie de referentes que resultan excluyentes para las personas con discapacidad. Este problema no ha sido resuelto por las grandes concepciones contemporáneas de la justicia. Una buena y completa teoría de los derechos debe incluir en términos de igualdad a las personas con discapacidad lo que exige una revisión profunda de algunos de sus presupuestos básicos. Dicha

---

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación «El tiempo de los derechos», (HURI-AGE) Consolider-Ingenio 2010 (CDS 2008-00007) y «Discapacidad, In-dependencia y Derechos Humanos» (DER 2011-22729). Agradezco a los profesores Rafael de Asís, Francisco Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco y Miguel Ángel Ramiro sus sugerencias. También quisiera agradecer al profesor Gerard Quinn sus aportaciones durante mi estancia en el *Centre for Disability, Law and Policy* de la Universidad de Galway, crucial para la realización de este trabajo.

inclusión se presenta como un reto teórico urgente que es necesario afrontar para abordar de manera razonada las reformas legales que deben realizarse en la práctica.

*Palabras clave:* discapacidad; teoría de los derechos humanos; teoría de la justicia.

#### ABSTRACT

Since Enlightenment, theories of justice and, in particular, theories of human rights have been based on principles which are excludable for people with disabilities. The exclusion has not been resolved by contemporary theories of justice. A profound review of some basic assumptions is required to get a full and sound theory of human rights including people with disabilities in equal terms. The inclusion of people with disabilities is an urgent theoretical challenge which must be face in order to perform a sound reform of rules in legal practice.

*Key words:* disability; theory of human rights; theory of justice.

### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad ha pasado a ser un lugar común la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. En el plano normativo jurídico esta consideración se ha plasmado de manera nítida en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad(1). Esta Convención supone un desafío para las legislaciones internas que en muchos aspectos no han asumido y/o desarrollado todas las implicaciones derivadas del tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos(2).

La reflexión que pretendo llevar a cabo en las siguientes páginas parte de la premisa de que la contemplación de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos no sólo reclama modificaciones sustanciales en el Derecho, sino que también supone un reto y requiere una revisión profunda en el plano de la teoría moral. El discurso teórico sobre los derechos humanos se ha venido construyendo desde unos referentes cuya comprensión «estándar» termina excluyendo —en ocasiones de manera más directa y en otros planteamientos de forma más sutil— a las personas con discapacidad especialmente, aunque no sólo, a las personas con discapacidad mental e intelectual.

---

(1) Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. *Vid.* sobre este Tratado PALACIOS y BARIFFI (2007).

(2) Un análisis del impacto general de la Convención en la legislación española puede verse en CUENCA GÓMEZ (2010).

A mi modo de ver, la reformulación de este discurso en términos inclusivos exige su adaptación a la situación de las personas con discapacidad y obliga a revisar la comprensión de sus presupuestos básicos.

## II. EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las teorías de la justicia en general y las teorías de los derechos humanos en particular no se han ocupado seriamente de la discapacidad(3) y cuando lo han hecho han abordado esta cuestión de una manera inapropiada(4). En todo caso, la aplicación de la que podríamos considerar como la teoría estándar de los derechos humanos al ámbito de la discapacidad tiene implicaciones sumamente problemáticas. Como ha puesto de relieve De Asís en diversos trabajos, el discurso de los derechos y su referente central, la idea de dignidad humana, se han venido cimentando sobre la base de un modelo de individuo caracterizado por sus capacidades y por desempeñar un determinado papel en la sociedad(5). Ambos presupuestos, como antes anuncié, resultan excluyentes para las personas con discapacidad sobre todo, aunque no exclusivamente, para personas con discapacidad intelectual y mental.

Desde el primero de estos presupuestos se afirma que la dignidad humana depende de la capacidad de los individuos para establecer y perseguir sus propios planes y proyectos de vida. La comprensión de esta idea puede verse facilitada recurriendo a lo que el profesor Peces-Barba denomina el «dinamismo de la libertad» que implica considerar que los seres humanos poseen libertad de elección, esto es, «libertad para optar entre distintas posibilidades» y orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida, hacia la realización de su libertad moral, que se presenta, así, como una «meta, un fin,

---

(3) DE ASÍS ROIG (2007).

(4) Las personas con discapacidad y especialmente las personas con discapacidades cognitivas, han sido tratadas en la teoría de los derechos humanos como excepciones, como casos marginales o como ejemplos e incluso en ocasiones son instrumentalizadas en el tratamiento de otros temas, como sucede en el caso de los derechos de los animales no humanos —*Vid.* por ejemplo SINGER (2010) y McMAHN (2010)— sin tener en cuenta los perjuicios, que básicamente consisten en rebajar su estatus moral respecto de las personas con habilidades cognitivas estándar, que pueden derivarse de este uso, *Vid.* esta crítica en CARLSON (2010): 317-318.

(5) *Vid.* DE ASÍS ROIG (2004): 64 y ss. y DE ASÍS ROIG (2007): 35 y ss.

un ideal a alcanzar, quizás una *utopía* de la condición humana» (6). La capacidad de recorrer este camino, esto es, la capacidad, autonomía o agencia moral se hace depender, a su vez, de la posesión de otra serie de capacidades, como la capacidad de sentir, de comunicarse y singularmente de la capacidad para razonar (7). Por otro lado, el ejercicio de las capacidades suele ponerse en relación con el papel social de las personas valorado de acuerdo con su utilidad o contribución a la comunidad, esto es, en función de la posibilidad de obtener ciertos frutos sociales de su actuación (8). Desde este enfoque en la discusión moral participan sujetos dignos, es decir, capaces de razonar, sentir y comunicarse y de orientar esas capacidades hacia la consecución de un plan de vida y que desempeñan un determinado papel en la sociedad (9).

### 1. *El tratamiento de la discapacidad en la teoría de Rawls*

Esta visión patente en las teorías de la justicia basadas en derechos humanos desde la Ilustración (10), continúa estando presente en las teorías contemporáneas. En este punto la teoría contractualista de Rawls —considerada, con razón, como una de las teorías de la justicia más influyentes de la tradición occidental— resulta paradigmática (11).

En su construcción los individuos que —en la situación original y tras el velo de ignorancia— participan en el establecimiento de los principios básicos de justicia son aquellos sujetos que poseen lo que este autor denomina los dos poderes morales: capacidad para establecer una idea de justicia y capacidad para establecer una concepción del bien (12). Estos poderes requieren una sofisticada racionalidad y su adecuado desenvolvimiento reclama, además,

---

(6) PECES-BARBA MARTÍNEZ (1989). Un análisis histórico de la idea de dignidad puede verse en su trabajo PECES-BARBA MARTÍNEZ (2004). Sobre la idea de dignidad *Vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA (2001), PELE (2010) y ANSUÁTEGUI ROIG (2012).

(7) Como apuntan CARLSON y KITTAY (2010): 1, «los filósofos conciben como la marca de la humanidad la capacidad de razonar ... la razón se considera el fundamento de la dignidad humana» y por lo tanto «del especial estatus moral que atribuimos a los seres humanos».

(8) DE ASÍS ROIG (2007) y QUINN (2005).

(9) DE ASÍS ROIG (2007): 33.

(10) 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 (1989).

(11) *Vid.* un análisis crítico de la teoría de Rawls centrada en su tratamiento de las desigualdades económicas en RIBOTTA (2011).

(12) RAWLS (1996): 49.

su ejercicio independiente. Para Rawls la capacidad para un sentido de la justicia significa razonabilidad, comprensión como habilidad de relacionarse con otros e iguales ciudadanos y para participar con otros en términos que podemos imaginar que otros aceptarían, mientras que la capacidad para una concepción del bien implica que las personas son racionales para determinar sus propias metas, esto es, sus propios planes y proyectos de vida y para tomar los pasos más apropiados para conseguirlas (13).

Estas dos capacidades permiten, según Rawls, concebir a las personas como «libres» y, además, la posesión de dichos poderes «en el grado mínimo requerido» para ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad (14) hace a las personas iguales. Estos poderes morales se conectan en el planteamiento rawlsiano con la finalidad a la que se entiende se encamina la cooperación social equitativa (15), esto es, la consecución del beneficio mutuo. De este modo, las personas «morales» son en la concepción de Rawls estratégicos negociadores «capaces» de obtener y generar ventajas recíprocas (16) en su asociación y que, por tanto, se encuentran en una posición similar (17).

Desde estas premisas los sujetos que participan en la discusión moral se caracterizan por su «homogeneidad» (18), son «adultos racionales», independientes y con necesidades parecidas y capaces de un «nivel normal» de productividad y cooperación social (19). Los individuos que según Rawls pueden ser considerados sujetos morales se sitúan «dentro del margen de lo normal» de tal manera que si bien «no tienen capacidades iguales... sí poseen, al menos en el grado mínimo esencial, 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» (20). Así, las personas con discapacidad en tanto individuos que no cumplen, o que se entiende o parece que no cumplen, con estos rasgos en las formas consideradas estándar, pierden su capacidad para participar como sujetos de justicia y «experimentan la justicia» como mucho «como entidades dependientes» (21).

---

(13) RAWLS (1996): 59 y ss.

(14) RAWLS (1996): 48.

(15) RAWLS (1996): 49.

(16) *Vid.* sobre la idea de reciprocidad, RAWLS (1996): 46 y ss.

(17) SILVERS y FRANCIS (2005): 45 y ss. BECKER (2005): 16 y ss.

(18) SILVERS y FRANCIS (2005): 45. NUSSBAUM (2007): 119 y ss.

(19) NUSSBAUM (2007): 120. KITTAY (1999): 88-99.

(20) RAWLS (1996): 216 y 217.

(21) SILVERS y FRANCIS (2010): 241.

En efecto, en la teoría de Rawls tanto las personas con discapacidades físicas como las personas con discapacidades intelectuales y mentales son expresamente excluidas de la discusión inicial sobre los principios de justicia (22). La exclusión de las primeras 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 (23), lo que conduce a cuestionar el requisito de la «reciprocidad» (24). 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 no se ajustan «a la imagen idealizada de la racionalidad moral» (25), y cabría añadir, a la imagen idealizada de la agencia independiente que sirve, desde las raíces kantianas de la teoría, para definir al ciudadano.

Desde estos referentes, las personas con discapacidad no son consideradas en la construcción rawlsiana sujetos primarios de justicia. Los individuos que tratan de llegar a un acuerdo en la posición original acerca de los principios políticos básicos ignoran cuál será su género, su raza, o su clase social, pero saben a ciencia cierta que no serán personas con graves discapacidades. Para Rawls la atención a estas personas es una «cuestión práctica urgente» que deberá ser tratada en un momento posterior, en el estadio legislativo, pero no una cuestión básica de justicia que debe ser abordada en un primer momen-

---

(22) RAWLS (1996): 50 deja fuera no sólo a las personas con discapacidades permanentes y «desórdenes mentales graves», sino que también deja de lado la consideración de las discapacidades temporales.

(23) En palabras de NUSSBAUM (2007): 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». Se trata de un argumento que a lo largo de la historia se ha utilizado de forma recurrente para racionalizar la exclusión social de las personas con discapacidad, STEIN (2007): 103.

(24) GAUTHIER (1986): 18 señala que únicamente se puede hablar «eufemísticamente de capacitar a los discapacitados para vivir vidas productivas» dado «que los servicios que requieren exceden con mucho de cualquier posible producto».

(25) NUSSBAUM (2007): 145. RAWLS (1996): 50 admite que su concepción de la justicia parte de una idea de persona implícita en la cultura política pública, que se idealiza y se simplifica de diversas formas.

to(26). Las personas con discapacidad son tratadas como «ciudadanos de segunda», tanto por lo que respecta a su consentimiento, como por lo que respecta a sus demandas e intereses (27). En definitiva, la teoría rawlsiana no puede hacer justicia con las personas con discapacidad (28) y las excluye directamente del debate moral. En cualquier caso, Rawls reconoce expresamente que la justicia como equidad no parece ofrecer una respuesta razonable a la situación de las personas con discapacidad (29), aunque este defecto no merma, en su opinión, el valor general de su construcción.

## 2. *El tratamiento de la discapacidad en la teoría de Nussbaum*

En su obra *Las fronteras de la justicia* Nussbaum se enfrenta a este problema no resuelto por la teoría de Rawls (30) desde el enfoque de las capacidades que plantea como el marco teórico más apropiado para incluir a las personas con discapacidad en el discurso sobre la justicia y los derechos. Como es sabido, Nussbaum asume el enfoque de las capacidades propuesto por Sen en el ámbito de la economía del desarrollo como base filosófica para elaborar una teoría de los derechos básicos de los seres humanos. Su teoría, de carácter sustantivo y no procedimental como la de Rawls, consi-

---

(26) RAWLS (1996): 50. Para RAWLS (1987): 546 el que todos los ciudadanos sean miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa significa que «todas las personas tienen suficientes facultades intelectuales para participar de forma normal en la sociedad y que nadie sufre necesidades atípicas que resulten especialmente difíciles de satisfacer, como, por ejemplo, necesidades médicas atípicas y costosas. Por supuesto la asistencia para las personas que padecen estas necesidades es una cuestión práctica urgente. Pero en este estadio inicial, el problema fundamental de la justicia social se plantea entre aquellos que participan de forma plena, activa y moralmente en la sociedad». En contra de RAWLS KITTAY (1999): 77 defiende que «cualquier proyecto que pretenda incluir todas las personas debe tener en cuenta desde un primer momento la dependencia». También NUSSBAUM (2007): 137 y 138.

(27) SILVERS y FRANCIS (2005): 49 y 50.

(28) SILVERS y FRANCIS (2005): 41. Y ello porque la justicia se considera como una cuestión consistente en distribuir los beneficios producidos por la cooperación mutua entre aquellos capaces de contribuir.

(29) En efecto, RAWLS (1996): 50 y 51 señala que respecto de este problema la justicia como equidad podría no tener respuesta, o bien porque no constituye en realidad un problema de justicia política, o bien porque aunque es, en efecto, un problema de justicia política la justicia como equidad fracasa en su tratamiento aunque pueda funcionar en otros casos. *Vid.* NUSSBAUM (2007): 42

(30) *Vid.* un análisis comparativo y crítico de la aplicación de las teorías de Nussbaum y de Rawls al ámbito de la discapacidad en STARK (2010).

dera las capacidades como fines políticos que constituyen la fuente de los principios básicos de justicia de una sociedad libre. En esta construcción las capacidades se definen como las oportunidades para elegir funcionamientos valiosos y llevar una u otra vida, mientras que los funcionamientos son los logros de la persona, lo que consigue hacer o ser al vivir. En palabras de Sen: «Los funcionamientos están ... más directamente relacionados con las condiciones de vida ... son diferentes aspectos de las condiciones de vida. Las capacidades, en contraste, son nociones de libertad en el sentido positivo: las oportunidades reales que se tienen respecto de la vida que se puede llevar» (31).

Partiendo de la aproximación de Sen, Nussbaum introduce una lista de diez capacidades básicas que considera «dan forma y contenido a la idea abstracta de dignidad» y la idea de un umbral para cada capacidad por debajo del cual se considera que los ciudadanos no pueden «funcionar de un modo auténticamente humano» (32). Estas capacidades parten de una consideración éticamente evaluativa de la naturaleza humana, «de una concepción de la especie», seleccionándose entre las actividades que definen una vida «característicamente humana» algunos aspectos que se entienden tan «normativamente fundamentales que una vida que carezca de la posibilidad de ejercitar alguno de ellos, no es una vida verdaderamente humana, una vida acorde con la dignidad humana» (33). De acuerdo con esta idea, una sociedad justa tiene la obligación de proveer los recursos necesarios para que las personas puedan desarrollar sus capacidades básicas hasta el mínimo requerido, lo que les permitirá elegir libremente sus propios planes de vida.

Es cierto que en algunos aspectos el planteamiento de Nussbaum parece prometedor para las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, su teoría considera a las personas con discapacidad como «ciudadanos y miembros plenamente iguales de la comunidad humana» (34), rechaza la idealización de la racionalidad (35), critica la idea del beneficio mutuo como base de la cooperación social (36) y reconoce la importancia de la asistencia en relación con

---

(31) SEN (1987): 36.

(32) NUSSBAUM (2007): 87.

(33) NUSSBAUM (2007): 185 y 186.

(34) NUSSBAUM (2007): 89.

(35) En este sentido NUSSBAUM (2007): 166 y ss. afirma mantener una noción aristotélica y no kantiana de la idea de racionalidad que no es una noción idealizada y que no se contraponen a la animalidad.

(36) NUSSBAUM (2007): 167 y 168.



cada una de las capacidades de la lista (37). Sin embargo, finalmente, el enfoque de Nussbaum se muestra mucho menos inclusivo de lo que a priori se declara, al menos para algunas personas con discapacidad. Su esquema falla a la hora de reconocer la plena dignidad de las personas con discapacidad cuyo nivel de funcionamiento en las capacidades básicas se sitúa por debajo del umbral mínimo universal y excluye a estos individuos de la participación plena en la sociedad (38).

La consideración de las capacidades básicas como elementos definatorios de una vida humana digna puede suponer, al final, un menor respeto a la dignidad de aquellos sujetos que no las poseen. Como señalan Silvers y Francis manejar un enfoque que establece un umbral mínimo «socialmente adecuado» en la adquisición de una lista de capacidades básicas no puede ser positivo y ni tan siquiera neutro para las personas que no consiguen alcanzar el nivel de funcionamiento «estándar» marcado por la norma de la especie y abre la puerta al peligro de la estigmatización (39). En este sentido, Nussbaum llega a afirmar que aquellos individuos que no tienen una «expectativa razonable» de alcanzar un desarrollo «normal» de alguna de las capacidades de la lista sufren «una desgracia terrible» y que su vida es «desafortunada» (40). Para esta autora las capacidades de la lista son buenas y humanamente importantes y por ello cuando alguien no las alcanza se encuentra «en una situación penosa» (41). Lo anterior significa según Nussbaum que la sociedad tiene la obligación de promover la adquisición de las capacidades no sólo asignando recursos sociales, sino también «curando» y «mejorando» a las personas (42)

---

(37) NUSSBAUM (2007): 174-177. Entiende Nussbaum que su teoría, a diferencia de la construcción de Rawls, sitúa la asistencia en el lugar que le corresponde dentro de una concepción de la justicia concibiéndola como una necesidad primaria cuya satisfacción hasta un nivel adecuado constituye uno de los rasgos definatorios de una sociedad justa. Para Nussbaum, la asistencia no se integra en la lista de capacidades como una capacidad extra, sino que se remite al amplio abanico de capacidades de la lista, tanto del asistido como del asistente y ha de ser adecuada e individualizada.

(38) *Vid.*, por ejemplo, STEIN (2007): 101 y ss.

(39) SILVERS y FRANCIS (2005): 54.

(40) NUSSBAUM (2007): 196 y 197. Como advierten SILVERS y FRANCIS (2005): 55, ser designado como alguien que sufre una tragedia implica considerarle una carga tanto para sí mismo como para los demás. Y ello supone una mayor vulnerabilidad a la desaprobación social y al daño. *Vid.* sobre teoría de la «tragedia» personal, OLIVER (1996): 31.

(41) NUSSBAUM (2007): 197.

(42) En relación con Sesha, la hija de la filósofa Kittay afirma NUSSBAUM (2007): 197 «si pudiéramos curarla de su condición y lograr que alcanzara el umbral de las capacidades, lo haríamos porque es bueno, más aún, es importante que un ser humano pueda funcionar de

y de poner a disposición de los individuos el desarrollo de tales capacidades a través de la tutela (43). En este punto, Nussbaum asume una aproximación propia del modelo médico de tratamiento de la discapacidad que, como es sabido, concibe la discapacidad como un problema centralmente individual, apartándose del modelo social que entiende que la discapacidad tiene su origen preponderantemente en causas sociales, esto es, en el diseño de la sociedad desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de las personas con discapacidad (44). Desde esta visión, el enfoque de Nussbaum privilegia «lo normal» y propone una estrategia de asimilación que puede imponer cargas excesivas y resultar sumamente perjudicial para aquellos sujetos que finalmente no pueden o no quieren ser asimilados, o cuya asimilación es particularmente intensa (45). La sociedad, se señala en *Las Fronteras de la justicia*, «se lamenta y se aflige» por las personas que no pueden alcanzar el nivel de capacidades requerido en lugar de aceptarlas tal y como son y llevarlas a participar de este modo en el mundo moral (46). Además —si bien Nussbaum afirma oponerse a la idealización kantiana de la racionalidad— su lista de capacidades incluye una visión individual y sofisticada tanto de la capacidad de razón práctica —«poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre los propios planes de vida»— como de la capacidad de «sentidos, imaginación y el pensamiento» —«poder utilizar los sentidos la imaginación, el pensamiento y el razonamiento» y hacerlo «de un modo auténticamente humano», de una manera informada y cultivada «a través de una educación adecuada» que incluye, pero que no se limita a, la

---

estos modos, la sociedad tendría la obligación de pagárselo ... es más, si pudiéramos rediseñar los aspectos genéticos de su condición durante la gestación, de modo que no naciese con unas deficiencias tan graves, eso es también lo que debería hacer una sociedad decente ... Esta línea de razonamiento no propone eliminar el síndrome de Down, el síndrome de Asperger, la ceguera o la sordera por medio de la ingeniería genética, pero tampoco se opone claramente a estas posibilidades». *Vid.* las críticas a este planteamiento de SILVERS y FRANCIS (2005): 54 y ss.; STEIN (2007): 104 y ss. y BACH y KERZNER (2010): 69.

(43) NUSSBAUM (2010) considera la tutela plena como la única vía para otorgar a las personas con discapacidades cognitivas derechos civiles y políticos sobre la base de su genuina igualdad. A su modo de ver, los tutores deberían ejercer por estas personas derechos tales como el derecho al voto o a formar parte de un jurado. También BÉRUBÉ (2010) aboga por un concepto robusto de subrogación, que implica considerar a los tutores como personas con el derecho y la responsabilidad de hablar por otros, como la forma más segura de reconocer la dignidad de las personas con graves discapacidades intelectuales.

(44) PALACIOS (2008). Una crítica al modelo médico puede encontrarse en OLIVER (1996).

(45) SILVERS y FRANCIS (2005): 155.

(46) SILVERS y FRANCIS (2005): 156.

alfabetización y a la formación básica matemática y científica(47). De éste modo, las concepciones de la dignidad que pretende rechazar retornan «por la puerta de atrás a su teoría»(48).

Se critica también que el planteamiento de Nussbaum no resulta plenamente respetuoso con la autonomía moral de las personas con discapacidad. Afirmar Nussbaum que en general para las personas «normales» el objetivo social es casi siempre el desarrollo de la capacidad, pero no tanto el funcionamiento. Esta precisión posibilita que las personas puedan realizar a través del desarrollo de las capacidades básicas sus diferentes concepciones del bien(49). En su opinión, obligar a los ciudadanos a realizar los funcionamientos sería antiliberal y dictatorial(50). Sin embargo, lo anterior se permite en el caso de las personas con «deficiencias mentales». Aunque también en este supuesto considera Nussbaum que la norma debería ser poner siempre a la persona en la situación de poder elegir el funcionamiento adecuado(51), admite que «en muchos casos» y en «muchas áreas», puesto que las personas con graves discapacidades mentales «no pueden tomar decisiones acerca de su asistencia médica, o consentir en relaciones sexuales, o evaluar los riesgos de un determinado trabajo u ocupación», el objetivo «será propiamente el funcionamiento, más que la capacidad»(52). El peligroso y arriesgado «movimiento de las capacidades a los funcionamientos» supone no tomar en consideración la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y les impide perseguir sus propias concepciones del bien(53). En la teoría de Nussbaum, las personas con discapacidad deben ser llevadas hasta el umbral de las capacidades dictado por la norma de la especie, por lo que no hay espacio para que algunas personas con discapacidad expresen una concepción del bien, el bien de toda la vida para las personas con discapacidad intelectual es algo «objetivo» y establecido sin contar con ellas, es decir, adquirir un nivel básico en el desempeño de todas las capacidades fundamentales(54). En cualquier caso, y como luego se verá, algunas de las ideas de Nussbaum son plenamente rescatables para la empresa de reconstruir una teoría de los derechos humanos inclusiva para las personas con discapacidad.

---

(47) NUSSBAUM (2007): 88 y 89.

(48) BACH y KERZNER (2010): 70.

(49) NUSSBAUM (2007): 91.

(50) NUSSBAUM (2007): 177.

(51) NUSSBAUM (2007): 202.

(52) NUSSBAUM (2007): 179.

(53) SILVERS y FRANCIS (2010): 244-247.

(54) FRANCIS y SILVERS (2007): 318 y 319. La norma de la especie se convierte, en efecto, en el estándar del bien, SILVERS y FRANCIS (2005): 56. *Vid.* también STEIN (2007): 99 y ss.

A partir de las reflexiones anteriores cabe sostener que la teoría estándar de los derechos humanos y también las aproximaciones de Rawls, como versión contemporánea de esta teoría, y de Nussbaum, que trata en algunos aspectos de alejarse de ella, terminan de uno u otro modo estableciendo una «línea» (55) que divide a los individuos en dos grupos: «los normales», esto es, aquellos que pueden ser «plenamente cooperantes» o que pueden alcanzar un nivel mínimo de capacidades básicas, y los atípicos (56), esto es, quienes no cumplen los rasgos exigidos. Esta visión propone un modelo de «una única talla para todos» (57), y quienes no dan la talla, en el caso que nos ocupa las personas con discapacidad, plantean algunos problemas evidentes. Para cerrar el presente apartado, y sintetizando las ideas anteriormente expuestas, destacará tres de estos problemas.

En primer lugar, en las coordenadas de este enfoque la inclusión de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos parece no tener cabida o, como mucho, la tendría «como objeto de la discusión pero no como sujeto» (58). Ciertamente, las personas con discapacidad suelen ser tratadas en la teoría de los derechos como objetos morales, como recipientes pasivos que merecen atención, asistencia y cuidado, pero no como agentes morales activos que merecen poder elegir y desarrollar sus propios planes y proyectos de vida. Desde esta perspectiva, las personas con discapacidad «pueden tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución» (59).

En segundo lugar, esta aproximación nos sitúa ante la «incómoda situación» (60) de tener que argumentar que incluso definiendo la dignidad humana conforme a determinadas capacidades que permiten niveles estándar de

---

(55) NUSSBAUM (2007): 123 critica a RAWLS (1996): 217 por establecer una clara distinción entre las variaciones de las capacidades que sitúan a las personas «por encima o por debajo» de una línea que separa a aquellos que tienen «más» y a aquellos que tienen «menos» de las capacidades mínimas requeridas para ser un miembro normalmente cooperante de la sociedad. Sin embargo, también en su construcción tener o no «expectativas reales» de alcanzar el umbral mínimo puede marcar una línea importante (entre la vida que es una tragedia, y la que no, entre las deficiencias que es obligatorio curar y evitar, y las que no, entre las personas para las que la única solución es la tutela, y las que no).

(56) SILVERS y FRANCIS (2005): 40 y ss.

(57) SILVERS y FRANCIS (2010): 246.

(58) DE ASÍS ROIG (2007): 36.

(59) DE ASÍS ROIG (2007): 36.

(60) CAMPOY CERVERA (2007): 166.

contribución social la misma es predicable también de aquellas personas que no poseen tales capacidades o que no las pueden desarrollar de manera plena, o de tener que aceptar que de algún modo se trata de sujetos que no son plenamente dignos, que tienen disminuida o mermada su dignidad o que la han perdido.

Finalmente, el tratamiento tradicional de las personas con discapacidad en la teoría de los derechos justifica un paternalismo excesivo que genera sobreprotección y restringe arbitrariamente su autonomía (61). De esta forma se justifica que las personas que cumplen en una medida satisfactoria con los rasgos que definen la dignidad humana diseñen el horizonte moral de las personas que no los satisfacen sobre la base de su «mejor interés», sustituyéndoles en la toma de sus decisiones acerca de sus planes y proyectos de vida.

### III. LA REVISIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN TÉRMINOS INCLUSIVOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Excede ampliamente de las pretensiones de este trabajo plantear una teoría de los derechos completa y comprensiva capaz de incluir en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad. Mi objetivo, más modesto, consiste en realizar algunas aportaciones que pueden contribuir a la construcción de esta teoría y que se plasman en ciertos cambios de perspectiva, matizaciones y nuevas aproximaciones (62) que implican una relevante revisión de los presupuestos en los que se basa su versión estándar.

#### 1. *La revisión de la importancia de la discapacidad*

La teoría de los derechos tiene que preocuparse y ocuparse centralmente de la cuestión de la discapacidad y no abordarla como un tema marginal o considerarla como un problema que es posible dejar sin resolver. Las dificultades que la teoría de los derechos encuentra en su aplicación a las personas con discapacidad no pueden ser entendidas como un déficit menor. Por el contrario, la exclusión de las personas con discapacidad constituye un «defecto profundo» que afecta a la validez general de la teoría (63). La discapacidad se convier-

---

(61) CAMPOY CERVERA (2007): 166.

(62) Estas aproximaciones no son absolutamente novedosas, sino que han sido destacadas en la revisión crítica de la teoría estándar de los derechos humanos en relación con el tratamiento de grupos y colectivos tradicionalmente excluidos de este discurso.

(63) NUSSBAUM (2007): 110.

te, en este sentido, en un banco de pruebas para la teoría de los derechos. Una teoría satisfactoria de los derechos debe reconocer la igualdad de las personas con discapacidad, pero, además, debe reconocer también «la continuidad» que existe entre las vidas normales, marcadas también por numerosas deficiencias, necesidades y dependencias, y las de aquellas personas que padecen discapacidades permanentes (64). Por esta razón, la revisión de la teoría de los derechos para posibilitar la inclusión de las personas con discapacidad es una tarea que potencialmente afecta y beneficia a todos los ciudadanos (65).

## 2. *La revisión del enfoque*

Tradicionalmente la discapacidad ha sido considerada en el discurso de los derechos como una propiedad relacionada con los rasgos individuales que identifican a determinados sujetos. Tal visión entronca con el llamado modelo médico de tratamiento de la discapacidad que, según antes se dijo, entiende la discapacidad como un problema de la persona que tiene su origen en las limitaciones individuales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia. Igualmente, este enfoque está relacionado con el análisis común de la discapacidad dentro del llamado proceso de especificación de los derechos (66). Este proceso se caracteriza por diversificar la titularidad de los derechos y pretende justificar una atribución de derechos apoyada en el reconocimiento de la especialidad, esto es, la 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, a mi modo de ver, el tratamiento de la discapacidad en el discurso teórico y jurídico desde el enfoque individual o de grupo, desde el modelo médico y desde el proceso de especificación contribuye a la estigmatización y minusvaloración de las personas con discapacidad, perpetuando su imagen como sujetos especiales, fuera de lo normal (67). La teoría de los derechos debe abordar de manera principal la discapacidad desde el enfoque de la situación, el modelo social y el proceso de generalización.

---

(64) NUSSBAUM (2007): 110 y 112.

(65) *Vid.* QUINN (2011) y WOLF (2010): 147.

(66) Se trata de uno de los cuatro procesos de evolución histórica de los derechos humanos. *Vid.* sobre estos procesos PECES-BARBA MARTÍNEZ y otros (1995):160-196. Sobre el proceso de especificación BOBBIO (1991): 109. Sobre el tratamiento de la discapacidad dentro del proceso de especificación *Vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ (2007).

(67) DE ASÍS ROIG (2007): 34 y 35. También BARRANCO AVILÉS (2011): 22 y 23.

El enfoque de la situación supone entender que la discapacidad no es tanto un rasgo personal, sino una situación en la que se encuentran determinados sujetos (68). Y esa situación, en consonancia con los presupuestos que definen el modelo social, debe entenderse como el resultado de una combinación de factores sociales e individuales. Desde esta consideración, 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» (69), se presenta como el punto de vista más adecuado desde el que afrontar el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad (70). Asumiendo este enfoque se entiende que los derechos de las personas con discapacidad son los mismos que poseen los demás ciudadanos y se defiende la necesidad de extender su satisfacción plena a este colectivo, lo que exige, eso sí, la adaptación de los derechos «comunes» abstractamente formulados a las circunstancias concretas de existencia de las personas con discapacidad (71). De este modo, el proceso de generalización parte de la necesidad de superar una situación de discriminación y entronca con la pretensión de universalidad de los derechos.

En cualquier caso, la adopción de este enfoque como principal no supone que la teoría de los derechos no deba abrirse también a otras consideraciones. En este sentido, cobran importancia dos modelos incipientes de tratamiento de la discapacidad: el modelo de la diversidad y el modelo de la identidad.

El modelo de la diversidad se plantea como una evolución del modelo social al que añade la exaltación del valor de la diversidad representada por la discapacidad que se considera como un factor enriquecedor de la sociedad (72), reflexión que debe ser tenida en cuenta por una teoría de los derechos que trate con justicia a las personas con discapacidad.

---

(68) *Vid.* DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ Y PALACIOS (2010).

(69) BARRANCO AVILÉS (2011): 22.

(70) DE ASÍS ROIG (2007): 34 y 35.

(71) BARRANCO AVILÉS (2011): 24.

(72) DE ASÍS ROIG (2006): 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. PALACIOS y ROMAÑACH (2006) y ROMAÑACH (2009).

Por su parte, el «modelo de la identidad», defendido por la comunidad sorda (73), lleva a cabo una argumentación de corte culturalista y particularista. Este modelo entiende que la «comunidad sorda» constituye un colectivo con unos valores y 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 se apoyaría en la especialidad del colectivo y adoptaría un enfoque propio 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 lingüística (74). Pues bien, en el ámbito de la discapacidad, como sucede en otros ámbitos, una buena teoría de los derechos debe combinar la perspectiva universalista, en mi opinión como punto de vista principal, con la visión particularista.

### 3. *La revisión como extensión coherente y como reformulación*

Una revisión de la teoría de los derechos orientada a incluir a las personas con discapacidad exige una aplicación coherente en el contexto de la discapacidad de los presupuestos de la teoría de los derechos expuestos en el primer apartado. Las personas con discapacidad —del mismo modo que ha sucedido 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 algunas personas con discapacidad. En este sentido, resulta crucial superar la frecuente y distorsionadora confusión entre limitación funcional y limitación moral (75). Como consecuencia de la pervivencia de prejuicios y estereotipos las personas con limitaciones funcionales tienden a ser percibidas como personas limitadas en su capacidad moral (76) y en su contribución social cuando en muchas ocasiones poseen en un nivel «normal» las capacidades «estándar» —y especialmente la capacidad racional— requeridas para escoger libremente sus propios planes y proyectos de vida y pueden resultar «útiles» para la comunidad (77). Así las teorías, como la de

(73) *Vid.* un análisis de este modelo en DE ASÍS ROIG (2012a).

(74) Ésta es la posición de LANE (2005). *Vid.* sobre este planteamiento RAMIRO AVILÉS (2012).

(75) DE ASÍS ROIG y PALACIOS (2008): 51 y 52.

(76) PALACIOS (2008): 166.

(77) NUSSBAUM (2007): 117. En estos casos el problema «atípico» se resuelve asimilando a estos individuos a los negociadores exitosos, demostrando que poseen las mismas capacida-



Rawls, que excluyen por estos motivos a las personas con discapacidad simplemente estarían equivocadas y si corrigen esas falsas premisas nada les impediría incluir a las personas con discapacidades (78).

Sin embargo, esta estrategia de extensión coherente resulta insuficiente. En efecto, algunas personas con discapacidad presentan diferencias relevantes en sus capacidades y habilidades cognitivas y no pueden contribuir a la sociedad de una manera que pueda considerarse «productiva» en el sentido usual (79). Por esta razón no basta con *integrar* a las personas con discapacidad en la teoría de los derechos tal cual está diseñada, esto es, para un titular abstracto e ideal (80) —en lo que nos interesa para las personas sin discapacidad— sino que es necesario *incluir* a las personas con discapacidad en un discurso de los derechos adaptado a la necesidades de todos, tarea que precisa rediseñar este discurso en algunos aspectos relevantes (81). La extensión consistente a las personas con discapacidad de los presupuestos que presiden el discurso de los derechos humanos y en especial del postulado básico del igual valor asociado a todos los seres humanos debe, por tanto, combinarse con la reconstrucción de los referentes desde los que se afirma esta idea y de las razones en las que se fundamenta. Ello exige, en primer lugar, cuestionarse el modelo de ser humano digno.

#### 4. *La revisión de la noción de dignidad*

Aunque la idea de dignidad se presenta como definitoria de la «naturaleza» o «esencia» del ser humano, se trata 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 discapacidad (82). Esta circunstancia deriva, en gran

---

des y que su actuación puede generar frutos sociales y estableciendo, en su caso, medidas que compensen la exclusión histórica que han sufrido orientadas a que la «negociación» se lleve a cabo sobre una base más equitativa, SILVERS y FRANCIS (2005): 42.

(78) NUSSBAUM (2007): 117. Nussbaum, en cambio, considera que cualquier teoría contractualista tiene una serie de rasgos estructurales que «impiden cualquier defensa en esta línea». No coinciden con esta opinión SILVERS y FRANCIS (2005): 50 y ss.

(79) Sus diferencias «parecen desafiar la asimilación» por lo que se convierten en irremediables «atípicos». SILVERS y FRANCIS (2005): 42 y 48 y ss.

(80) *Vid.* sobre esta idea BARRANCO AVILÉS (2011).

(81) *Vid.* sobre la distinción entre integración e inclusión, OLIVER (1996): 92. Se trata de una distinción recurrente en el tratamiento de la inmigración.

(82) DE ASÍS ROIG (2012b).

medida, de que las características de las que se hace depender la dignidad son rasgos abstractos y genéricos que atienden exclusivamente al plano individual sin que se tomen en consideración en su configuración el contexto en el que se desenvuelven estos rasgos, los condicionamientos sociales y las dimensiones colectivas que se proyectan sobre ellos, 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 (83). Ciertamente, la idea de dignidad se ha cimentado en abstracciones, idealizaciones y mitos que no se corresponden con la situación real en la que se encuentran los sujetos de los que se predica.

#### 4.1. La dignidad y su relación con las capacidades

Entre estos mitos ocupa un lugar de primer orden la consideración de la «racionalidad» —más o menos idealizada— como el criterio de justificación determinante en la atribución de especial valor y consideración a los seres humanos.

La teoría estándar de los derechos sobrevalora el papel que desempeña la racionalidad en la toma de decisiones y elección de planes de vida. Los estudios en el campo de la psicología cognitiva y de la neurociencia (84) 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.

En relación con lo anterior, importa asimismo señalar 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 precio de excluir del acceso a las mismas a las personas con discapacidades mentales e intelectuales (85). El establecimiento de este umbral responde a una pondera-

---

(83) DE ASÍS ROIG (2004): 68.

(84) *Vid.* DAMASIO (2010).

(85) WINKLER (2010): 195 y 196. Según este autor cambiar la sociedad de modo que el «retardo mental» no sea un hándicap podría reducir el valor social y económico de esas prác-

ción entre el bienestar social general y la libertad de todos los ciudadanos que se resuelve a favor del primero (86). La teoría de los derechos debería ofrecer argumentos para reequilibrar este balance permitiendo a las personas con discapacidad tomar sus propias decisiones y participar en las prácticas e instituciones sociales relevantes sin que éstas pierdan su valor o utilidad general.

De igual modo, una teoría de los derechos no excluyente para las personas con discapacidad ha de tener en cuenta el valor de las capacidades, el respeto a su diversidad y el origen de los límites en las capacidades. Por lo que respecta a la primera de estas reflexiones se debe cuestionar la idea a veces presente en la teoría estándar de los derechos de que una mejor capacidad de razonar, sentir y/o de comunicarse implica una mayor dignidad y viceversa (87). En relación con la segunda, importa insistir en que los individuos pueden tener diferentes capacidades, unas más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modos y maneras distintos sin que se pueda justificar que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general o que haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas (88). No hay una única forma de razonar (89), de sentir o de comunicarse, sino formas diversas que merecen la misma consideración y el mismo respeto. En tercer lugar, la diferencia en la calidad y ejercicio de las capacidades y los obstáculos que algunas personas con discapacidad pueden encontrar para su desarrollo 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 individuos que no son plenamente autónomos (90) y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás personas (91).

En todo caso, el mayor reto que la inclusión de la discapacidad plantea a la teoría de los derechos consiste en encontrar una alternativa adecuada a la

---

ticas relevantes. También podría elevarse el nivel de competencia mental, construyéndose una sociedad «para los dotados».

(86) WINKLER (2010): 196.

(87) DE ASÍS ROIG (2007): 43 y 44.

(88) DE ASÍS ROIG (2007): 44.

(89) SILVERS y FRANCIS (2010): 237 advierten que las personas no sólo difieren en sus concepciones del bien, sino que difieren también en los procesos cognitivos que les llevan a la formación de esas concepciones, a su aplicación y a su mantenimiento.

(90) SILVERS y FRANCIS (2010): 237.

(91) DE ASÍS ROIG (2004): 67.

fundamentación de la dignidad en la posesión de ciertas capacidades, especialmente de la capacidad racional.

Una primera respuesta consiste en rebajar el umbral de racionalidad exigido o en redefinir dicho umbral apelando a una capacidad diferente a la racional. Como ha señalado Berúbé esta estrategia no resulta del todo satisfactoria puesto que el establecimiento de una cierta capacidad como central y de un umbral implica que siempre habrá alguien que quedará fuera o que se situará por debajo (92), lo que de nuevo supondrá atribuirle una menor dignidad.

A pesar de lo certero de esta objeción, en esta línea de argumentación resulta de interés la propuesta de Bach y Kerzner quienes en la formulación de un umbral mínimo de capacidad de toma de decisiones y atribución de agencia humana se refieren a la capacidad de expresar voluntad/intención y a la capacidad «autobiográfica» (93) como criterios más amplios, neutros, inclusivos y respetuosos con las maneras diversas en las que las personas razonan y se comunican (94). Estas capacidades se definen, además, desde un punto de vista social y no individual que reconoce su carácter interdependiente. En este sentido, suponen «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» y «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» (95). Esta propuesta plantea el problema de justificar la agencia moral de aquellos sujetos que no pueden expresar su voluntad/intenciones o decir quiénes son debido a factores personales, esto es por razón de la gravedad de sus diversidades funcionales, o a factores sociales, es decir por la carencia de relaciones personales significativas. Ciertamente, se tratará de casos extremos en la medida en que muchas personas con discapacidad que no cumplen con el criterio de la racionalidad sí satisfacen, sin embargo, el umbral que establecen Bach y Kerzner y en muchas situaciones se tratará, además, de casos reversibles mediante la construcción de redes personales (96). Para las personas que aún así podrían quedar fuera estos

---

(92) Cualquier criterio de desempeño —independencia, racionalidad, incluso la capacidad de mutuo reconocimiento, empatía— dejará a alguien atrás, BERÚBÉ (2010): 100.

(93) *Vid.* sobre la importancia de esta última capacidad como capacidad específicamente humana, DAMASIO (2010): 210 y ss.

(94) BACH, M. y KERZNER (2010): 58 y ss.

(95) BACH, M. y KERZNER (2010): 65 y ss.

(96) BACH, M. y KERZNER (2010): 92. *Vid.* también QUINN (2010).

autores parecen proponer el recurso a la aproximación potencial a la que me referiré después.

Por su parte, Kittay (97) apela a la capacidad de cuidado como alternativa para fundamentar el especial estatus moral de los seres humanos (98). La aproximación de Kittay, construida en oposición al liberalismo, 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. Si bien esta propuesta es sumamente valiosa especialmente para poner en valor el trabajo de cuidado y asistencia, parece otorgar a las personas con discapacidad un papel pasivo más que activo que no termina de fomentar su agencia moral (99). En todo caso, considerar la capacidad de cuidado el criterio determinante para asignar estatus moral plantea también el problema de qué sucede con los individuos que no poseen los requisitos emocionales y las capacidades cognitivas —en todo caso, de nuevo, diferentes y más flexibles que las exigidas por el criterio de la racionalidad— que la definen y que, por tanto, se situarían por debajo del «umbral de cuidado» (100). Otra vez la solución consiste en recurrir a la capacidad potencial de tales personas para «convertirse en cuidadores» (101).

El enfoque de la potencialidad se perfila, así, como un camino a explorar en la empresa de construir la noción de dignidad humana sobre la base de criterios inclusivos para las personas con discapacidad.

En esta senda Wong defiende la posibilidad de leer desde esta clave la teoría de Rawls definiendo los dos poderes morales antes analizados como «propiedades potenciales» (102). La posición de Rawls debería entonces interpretarse en el sentido de entender que «todos los ciudadanos deben ser considerados como teniendo el *potencial* para los dos poderes morales, y como personas morales, aunque sean personas con discapacidades cognitivas» (103). Desde esta perspectiva, las condiciones «capacitantes» (104) que permiten adquirir, desarrollar y ejercer los dos poderes morales y, por ende,

---

(97) KITTAY (1999).

(98) JAWORSKA (2010): 369-372.

(99) SILVERS y FRANCIS (2005): 41 y NUSSBAUM (2007): 219 y ss.

(100) JAWORSKA (2010): 380 y ss. y en especial 387 y 388.

(101) JAWORSKA (2010): 388.

(102) ISAKO WONG (2010): 133.

(103) ISAKO WONG (2010): 129.

(104) Estas condiciones tienen que ver con factores sociales, como son la pertenencia a grupos sociales, el establecimiento de relaciones personales, la educación y la formación, etc. y no con mejoras individuales, ISAKO WONG (2010): 133.

participar plenamente en la sociedad deben ser consideradas como necesidades básicas de los ciudadanos y su garantía se convierte en una obligación específica de justicia que la sociedad tiene con las personas con discapacidad.

La teoría de Nussbaum parece, de hecho, asumir el enfoque de la potencialidad. Así, por ejemplo, establece la obligación de respetar la dignidad de todas las personas con discapacidad y su potencial humano, sea, o no, un potencial socialmente útil «en el sentido más estrecho»(105). Además, la base para la reivindicación de los derechos no consiste en la posesión actual de un conjunto rudimentario de capacidades básicas sino en las capacidades características de la especie humana (106). De este modo, como ya se expuso, la sociedad tiene el deber de establecer las condiciones necesarias para que todas las personas, también las personas con discapacidad, puedan alcanzar un nivel mínimo en su desarrollo. Ahora bien, esta obligación de llevar a todas las personas con discapacidad hasta un umbral mínimo universal en el desarrollo de todas y cada una de las capacidades de la lista no tiene en cuenta la importancia de la diversidad en las capacidades, antes destacada y, por tanto, el hecho de que para las personas con discapacidad, del mismo modo que sucede con las demás personas, unas capacidades pueden tener un carácter más central que otras (107). Igualmente, como antes se señaló, en la construcción de Nussbaum el que un individuo, cuente, o no, con expectativas razonables de alcanzar el umbral requerido de capacidades marca una línea divisoria relevante. En relación con el planteamiento de Nussbaum, Silvers y Francis señalan que quizá en vez de «trabajar sin descanso para llevar a cada uno hasta el nivel mínimo de funcionamiento previsto para los ciudadanos en una sociedad justa», lo ideal sería trabajar sin descanso para «llevar a cada uno al rango de espacios de capacidades que constituyen su concepción personalizada del bien»(108). En cualquier caso, la visión de Nussbaum con algunas correcciones y sobre todo el planteamiento general de Sen pueden resultar de suma utilidad en la construcción de una teoría de los derechos que no deje fuera a las personas con discapacidad (109).

---

(105) NUSSBAUM (2007): 140.

(106) NUSSBAUM (2007): 284.

(107) STEIN (2007): 107 y ss.

(108) SILVERS y FRANCIS (2010): 246.

(109) En este punto resultan interesantes ideas como la comprensión del desarrollo humano, la concepción de la libertad real como capacidad de adquirir funcionamientos valiosos, la creación y promoción de capacidades, la importancia que se concede a los factores sociales en la consecución de planes de vida, etc.

También De Asís se refiere a la «potencialidad en las capacidades» (110). A su modo de ver, el sujeto moral es aquel que, de alguna manera, «cuenta con la posibilidad —actual o potencial, en grado 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» (111). En un sentido similar, Stein señala que el modelo de los derechos humanos no 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 su propio desarrollo moral (112).

Como advierte Wong, esta aproximación plantea la dificultad de determinar qué seres humanos poseen el potencial de desarrollar agencia moral. En efecto, resulta complicado saber qué condiciones necesita cada individuo para desarrollar su potencial, cuál es exactamente su versión del potencial y cuándo ese potencial florecerá. No obstante, en ciertos casos —considerados de nuevo y con mayor razón extremos y marginales— parecerían existir fuertes evidencias de que una persona nunca podrá desarrollar de ninguna forma su agencia moral y en los que, además, tampoco la ha desarrollado en el pasado. En relación con estas situaciones se debe, en primer lugar, cuestionar que se pueda realmente hablar de evidencia. Los avances en las investigaciones en el ámbito de la neurociencia y las nuevas tecnologías, especialmente en el terreno de las comunicaciones, podrían llegar a posibilitar que incluso en los casos más difíciles las personas pudieran desarrollar de alguna manera su capacidad moral. Igualmente, cabría preguntarse qué sucedería si la sociedad destinase todos los recursos necesarios a hacer realidad esta posibilidad.

En todo caso, reconocer a estos individuos como agentes morales corre el riesgo de resultar sobreinclusivo en la medida en que podría implicar extender el reconocimiento de estatus moral a toda criatura viviente (113). Pero, ciertamente, parece mucho peor el grave error moral de excluir de este estatus a las personas con discapacidad. Desde esta premisa, todos los seres humanos deben ser considerados sujetos morales sin tratar de determinar exactamente

---

(110) DE ASÍS ROIG, (2007): 44.

(111) DE ASÍS ROIG (2012b).

(112) STEIN (2007): 106 y ss.

(113) ISAKO WONG (2010): 139 y ss.

donde se encuentran en el espectro de funcionamiento cognitivo (114). El riesgo de sobreinclusión podría, además, intentar solucionarse apelando al argumento del potencial de la especie en un sentido abierto y flexible (115). Los seres humanos a diferencia de otros seres no humanos —bien por ser hijos de una madre, bien por poseer ciertas estructuras orgánicas básicas, en definitiva, por su humanidad— pertenecen a una especie que se caracteriza por ser capaz de dirigir su vida hacia el logro de ciertos fines y objetivos (más grandes o más pequeños) mediante el ejercicio —condicionado por el contexto social y más o menos dependiente— de diversas capacidades, posibilidades y talentos. En realidad, la reformulación del referente de la dignidad en términos incluyentes para las personas con discapacidad supone tomarse en serio la idea, tan manida en el discurso teórico y práctico de los derechos, de igual valor inherente de los seres humanos como presupuesto incuestionable. Ello supone la obligación de relacionarnos con todos los seres humanos como sujetos morales que deben poder participar en el debate moral y, por ende, aspirar a desarrollar sus propios planes y proyectos de vida. Relacionarnos de este modo con las personas con discapacidad, cualquiera que sea el tipo y gravedad de su diversidad funcional, es entender que son merecedoras de consideración y de respeto, esto es, es reconocer su dignidad.

#### 4.2. La dignidad y su relación con la cooperación social

Como se ha señalado, 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 productividad social. Sin embargo, los individuos que según las reflexiones realizadas en el anterior apartado deben ser considerados sujetos dignos 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 las bases de la cooperación social, como los lazos más fuertes que unen a los individuos en una comunidad (116).

---

(114) ISAKO WONG (2010): 142.

(115) ISAKO WONG (2010): 142 y 143.

(116) NUSSBAUM (2007): 167 señala: «No necesitamos ganarnos el respeto de los demás siendo productivos... La sociedad está unida por un amplio abanico de afectos y compromisos,



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 (117). La confianza se presenta en muchos sentidos como «la relación humana paradigmática», como una interacción humana fundacional que resulta esencial para la cooperación 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 justicia (118). 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 confianza (119). 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» (120).

---

sólo 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 NUSSBAUM (2007): 140.

(117) *Vid.* SILVERS y FRANCIS (2010): 42 y ss. A su modo de ver, la exclusión de las personas con discapacidad en las teorías contractualistas es consecuencia de la asunción de la imagen del negociador exitoso como paradigma de la contratación. En su opinión, una teoría del contrato social no tiene por qué abrazar este paradigma y proponen concebir el contrato social más como un proyecto para generar una cultura y un clima de confianza que como una sesión de negociación.

(118) SILVERS y FRANCIS (2005): 43 y 44.

(119) SILVERS y FRANCIS (2005): 68 y 73.

(120) SILVERS y FRANCIS (2005): 70.

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 discapacidad(121) 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.

### 5. *La revisión de la autonomía*

Una teoría de los derechos que incluya en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad debe otorgar un papel central a la autonomía de estos sujetos. Ello exige, como primer paso, cuestionarse la justificación del diferente resultado que la ponderación entre el principio de autonomía y el principio de protección arroja en función de que entre en juego, o no, el factor de la discapacidad.

Para las personas sin discapacidad este balance se inclina casi siempre del lado de la autonomía. El principio liberal exige que, cuando no exista daño a terceros(122), ni el Estado ni otros grupos interfieran en su libre elección de planes y proyectos de vida, incluso cuando esas elecciones son claramente irracionales y no están basadas en su «mejor interés». Desde algunos planteamientos se defiende que las medidas paternalistas pueden estar justificadas en ciertas situaciones en las que los ciudadanos «normales» pueden ser considerados «incompetentes básicos»(123). En las situaciones más extremas estas medidas paternalistas pueden conllevar, incluso, la sustitución de la persona en la adopción de sus decisiones. En todo caso, estas situaciones son contempladas como excepcionales de tal manera que la justificación de las medidas paternalistas requiere la concurrencia de una serie de elementos y se rodea de robustas garantías(124).

---

(121) CAMPOY CERVERA (2005): 134 y ss.

(122) MILL (1997).

(123) *Vid.* sobre el paternalismo RAMIRO AVILÉS (2006). 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 (1988): 165-167.

(124) 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

Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad la ponderación siempre arroja como resultado la primacía del principio de protección. Las personas con ciertas discapacidades (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 reemplazadas en su adopción. La interferencia en la libre elección de planes y proyectos de vida de estas personas no requiere la concurrencia ni de los elementos, ni de las salvaguardas que se exigen en el caso de las personas «normales». En este punto, la teoría de los derechos debe rebalancear 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 humano(125). Las personas con discapacidad también pueden ser «sujetos» de medidas 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.

Asimismo, la teoría de los derechos debe proceder a reformular la propia comprensión de la autonomía respecto de su concepción estándar.

En primer término, la autonomía debe ser considerada no como un punto de partida, sino como un punto de llegada(126). Precisamente, ha sido la falta o negación de la autonomía la que ha imposibilitado el ejercicio y disfrute de los derechos por parte de las personas con discapacidad. De este modo, la autonomía no aparece tanto como un *príus* o como un antecedente lógico de los derechos, sino como una meta a alcanzar(127).

En segundo lugar, de nuevo, resulta esencial extender a las personas con discapacidad la visión tradicional de la autonomía, pero también completar y reconstruir esa visión. En el tratamiento de la situación de las personas con discapacidad, pero también en otras situaciones, 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 socie-

---

concepción del bien. *Vid.* la idea de consentimiento hipotético u orientado hacia el futuro que propone DWORKIN (1990): 156 y ss.

(125) QUINN (2010) y BACH y KEZRNER (2010): 11 y ss., 86 y 88.

(126) AÑÓN ROIG (1994): 267.

(127) MEGRET (2008): 510 y ss.

dad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona (128).

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 (129). De lo que se trata, por tanto, es de promover y maximizar la autonomía y no de negarla, entorpecerla o impedirarla. De esta forma, la visión de las personas con discapacidad como sujetos igualmente dignos requiere no sólo 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 (130). 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 individuos (131). Tampoco los sujetos «normales» adoptan sus elecciones de manera aislada y absolutamente independiente. 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 acarrear 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 relacional (132). El concepto de «autono-

---

(128) DE ASÍS ROIG y BARRANCO AVILÉS (2011): 110 y 111.

(129) DE ASÍS ROIG (2004): 67.

(130) En opinión de FRANCIS y SILVERS (2007): 332 la presuposición de que los adultos poseen concepciones personalizadas del bien que no sólo son suyas, sino también independientes de cualquier otro implica una idealización que conduce a considerar que las personas que necesitan de otros en la formación o expresión de su concepción del bien son deficientes como agentes morales y a etiquetar sus formulaciones del bien como el producto de la dependencia.

(131) SILVERS y FRANCIS (2010): 249.

(132) SILVERS y FRANCIS (2010): 249. También destacan esta idea BACH y KERZNER (2010): 39 y ss. y QUINN (2011). *Vid.* sobre el concepto de autonomía relacional MACKENZIE y STOLJAR (2000).

mía relacional»—desarrollado, por ejemplo, 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 diversos factores sociales. Nuestra identidad no es algo construido sólo en primera persona, sino que también terceras personas contribuyen a su formación (133). 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 interpersonales (134).

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 sólo gradual, la situación de las primeras es únicamente una versión más visible y extensiva del lugar común (135). 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 elecciones (136) y/o para la propia formación de sus planes de vida (137), e incluso para la reconstrucción de sus ideales

---

(133) LINDEMANN (2010).

(134) En apoyo de esta consideración ver de nuevo DAMASIO (2010). En ella insiste QUINN (2011).

(135) BACH, M. y KERZNER (2010): 84. En efecto, «en alguna medida todos formulamos nuestras concepciones del bien interactivamente. Hablamos con otros... y confiamos en sus consejos e incorporamos guiones sociales, identidades de trabajo, religión, clase, raza, etnia, género». La diferencia entre la mayoría de la gente y la minoría de agentes «dependientes» es la extensión de la dependencia, no su existencia. FRANCIS y SILVERS (2007): 331 y 332. También QUINN (2011).

(136) En este punto cobra relevancia el concepto de «agencia semántica» propuesto por JENNINGS (2010): 176 y ss. como estrategia para proteger la integridad moral «en el laberinto de la demencia». La agencia semántica se refiere a la capacidad para comunicar, para participar en relaciones significativas y comprender y evaluar esa comunicación. La comunicación no se identifica con la comunicación semiótica, pues puede haberse perdido la capacidad de manipular signos semióticos, sino que se amplía a gestos, contactos, expresiones faciales, posturas, contacto visual como medios de expresión de la agencia semántica. Como apuntan BACH y KERZNER (2010): 60 y ss. las elecciones realizadas por personas con profundas discapacidades, si bien podrían parecer carentes de significado para otros, resultan significativas para las personas que les conocen bien y constituyen la expresión de su agencia moral.

(137) SILVERS y FRANCIS (2005): 247 y ss. plantean el «pensamiento asistido» como una práctica protésica que difiere en extensión e implementación pero no en naturaleza de las in-

morales (138). 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 esa dependencia y ofrecer parámetros para que la misma se articule no como una forma de restringir la autonomía, sino de potenciarla.

Las reflexiones anteriores pueden contribuir a resolver los tres grandes problemas que encuentra la teoría de los derechos en su aplicación a las personas con discapacidad que fueron destacados al final del primer apartado de este estudio. Desde ellas las personas con discapacidad se contemplan como sujetos morales, y no como objetos, que no pueden ser ignorados en la discusión ética, como individuos plenamente dignos que merecen poder decidir autónomamente —con los apoyos y con la asistencia necesaria— sobre su destino y sus opciones de vida.

#### IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LA CONEXIÓN ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LOS DERECHOS

La inclusión de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos no sólo es una cuestión teórica de crucial importancia sino que posee, además, una relevante trascendencia práctica. La construcción de una teoría capaz de fundamentar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad resulta esencial a la hora de afrontar de manera razonada la adopción de

---

teracciones 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: permitir y ampliar la realización de la función del sujeto, en este caso, formular y expresar sus propias concepciones del bien. El pensamiento asistido debe ser estar inspirado en el respeto por la persona asistida y de sus propias ideas del bien que no deben ser sustituidas por las del asistente o por las de la sociedad.

(138) JENNINGS (2010): 176 y ss. propone el concepto de *memorial personhood* que significa ser una persona en la imaginación y memoria de otros y que exige el ejercicio de recordar la historia de vida de la persona para decidir de acuerdo con ella. Como antes se dijo, también BACH y KERZNER (2010): 63 y ss. abogan por una aproximación narrativa a la agencia humana. A su modo de ver, lo que permite considerar a una persona como agente moral es la capacidad de responder a la pregunta «¿Quién soy yo?» con una narrativa coherente y una historia de vida que da sentido a los cambios, pérdidas y nuevas direcciones. Esta pregunta no sólo puede ser contestada por la propia persona, sino también por otros que tienen un conocimiento personal del individuo. A su juicio, es esta coherencia narrativa «de mi particular y única vida» lo que hace razonables las decisiones que dan efecto a mis intenciones y no el estándar abstracto de la «persona razonable» o del «mejor interés».

medidas y reformas en el mundo del Derecho y a la hora de interpretar correctamente la normativa en este terreno (139).

La revisión de la teoría de los derechos que se ha propuesto en el segundo apartado de este trabajo adquiere especial importancia en la interpretación e implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, sobre todo, en la determinación del sentido y alcance de su artículo 12, que contiene las principales disposiciones de este instrumento internacional en materia de capacidad jurídica entendida como la puerta de acceso al discurso jurídico (140) y al ejercicio de todos los derechos humanos (141).

Este precepto reafirma que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica, reconoce su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, obliga a garantizar el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de esa capacidad y establece una serie de salvaguardas en relación en la prestación de este apoyo que tienen como principal objetivo que se respete su voluntad, preferencias y derechos. Así, el artículo 12 supone una auténtica revolución (142) respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica basado en la institución de la incapacitación y en la sustitución en la toma de decisiones.

A mi modo de ver, mientras que este tratamiento tradicional de la capacidad jurídica puede interpretarse como una concreta aplicación en el campo del Derecho de los presupuestos de la teoría estándar de los derechos humanos, el nuevo tratamiento por el que aboga la Convención parece estar inspirado en las reflexiones aquí propuestas para proceder a la revisión de esta teoría. Desarrollar y reforzar este marco teórico resulta imprescindible para el éxito del cambio revolucionario que pretende el artículo 12 y que deberá significar la consideración de las personas con discapacidad como plenos y activos sujetos de derechos capaces de ejercer por sí mismos todas las libertades de las que son titulares.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (2012): «Diritti fondamentali e dignità umana», *Ragion Pratica*, nº 38, págs. 11-23.

---

(139) ASÍS ROIG (2007): 19 y 20.

(140) ASÍS ROIG (2012b).

(141) BARRIFFI (2009).

(142) QUINN (2011). En CUENCA GÓMEZ (2011) se analiza el sentido de este precepto y su incidencia en el Ordenamiento jurídico español.

- AÑÓN ROIG, MARÍA JOSÉ (1994): *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BACH, MICHAEL y KERZNER, LANA (2010): «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>
- BARIFFI, FRANCISCO, (2009): «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», en PÉREZ BUENO, LUIS CAYO (dir.) y SASTRE, ANA, (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, págs. 353-390.
- BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (2011): *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid.
- BECKER, LAWRENCE C. (2005): «Reciprocity, Justice and Disability», *Ethics*, n.º 116, págs. 9-39.
- BOBBIO, NORBERTO, (1991): «El tiempo de los derechos», en BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Debate, Madrid, págs. 97-112.
- CAMPOY CERVERA, IGNACIO (2005): «Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8, págs. 125-155.
- (2004): «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978», en CAMPOY CERVERA, IGNACIO y PALACIOS, AGUSTINA (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, págs. 145-207.
- CARLSON, LICIA y KITTAY, EVA FEDER (2010): «Introduction: Rethinking philosophical presumptions in light of cognitive disability», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 1-25.
- CARLSON, LICIA (2010): «Philosophers of intellectual disability: a taxonomy», en KITTAY, EVA FEDER. y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 315-329.
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA (2011): «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español», *Derechos y Libertades*, n.º 24, págs. 221- 257.
- (ed.) (2010): *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid.
- DAMASIO, ANTONIO (2010): *Self comes to mind*, Pantheon Book, New York.
- DE ASÍS ROIG, RAFAEL (2012a): «Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de las lenguas de signos», en CUENCA GÓMEZ, PATRICIA (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid, págs. 99-134.



- (2012b): «Sobre la capacidad» en BARIFFI, FRANCISCO y PALACIOS, AGUSTINA (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires.
- (2007): «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos», en CAMPOY CERVERA, IGNACIO y PALACIOS, AGUSTINA (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, págs. 17-50.
- (2006): «Presentación», en PALACIOS, AGUSTINA y ROMANACH, JAVIER, *El modelo de la diversidad*, AIES, Madrid, 2006, págs. 15-25.
- (2004): «La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder», en CAMPOY CERVERA, IGNACIO (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, págs. 59-73.
- DE ASÍS ROIG, RAFAEL y BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (2011): «El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», en BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, págs. 107-131.
- DE ASÍS ROIG, RAFAEL y PALACIOS, AGUSTINA (2008): *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos, «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid.
- DWORKIN, GERARD (1990): «Paternalismo», en BETEGON, JERÓNIMO y DE PARAMO, JUAN RAMÓN (dirs.), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO (2001): *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid.
- FRANCIS, LESLIE P. y SILVERS, ANITA (2007): «Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency», *Social Theory and Practice*, vol. 33, nº 2, págs. 311-334.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (1988): «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, nº 5, págs. 155-173.
- GAUTHIER, DAVID (1986): *Moral by agreement*, Oxford University Press, Oxford.
- JAWORSKA, AGNIESZKA (2010): «Caring and full moral standing redux», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA, *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 369-372.
- JENNINGS, BRUCE: «Agency and moral relationship in dementia», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA, *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 171-182.
- KANT, IMMANUEL (1989): *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid.
- KITTAY, EVA FEDER (1999): *Love's Labour: Essays on Women, Equality and Dependency*, Routledge, Nueva York.
- LANE, HARLAN (2005): «Ethnicity, ethics, and the deaf-world», *Journal of Deaf Studies and Deaf Education*, nº 10, vol. 3, págs. 291-310.

- LINDEMANN, HILDE (2010): «Holding one another (well, wrongly, clumsily) in time of dementia», KITTAY, E.F. y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 161-169.
- MACKENZIE, CATRIONA y STOLJAR, NATALIE (ed.) (2000): *Relational Autonomy*, Oxford University Press, New York.
- MCMAHN, JEFF (2010): *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MEGRET, FEDERIC (2008): «The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Humans Rights Quarterly*, nº 30, págs. 494-516.
- MILL, JOHN STUART (1997): *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid.
- NUSSBAUM, MARTHA (2007): *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona.
- OLIVER, MICHAEL (1996): *Understanding Disability, From theory to practice*, Paalgrave, Malasia.
- PALACIOS, AGUSTINA (2008): *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.
- PALACIOS AGUSTINA y BARIFFI, FRANCISCO (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid.
- PALACIOS, AGUSTINA y ROMAÑACH, JAVIER (2006): *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, AIES, Madrid.
- ROMAÑACH, JAVIER (2009): *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (2005): «Derechos humanos, especificación y discapacidad», en CAMPOY CERVERA, IGNACIO y PALACIOS, AGUSTINA (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, págs. 359-375.
- (2004): *La dignidad humana desde la filosofía del derecho*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid.
- (1989): «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, págs. 265-277.
- (1995): con la col. de ASÍS ROIG, R. DE, FERNÁNDEZ LIESA, C., y LLAMAS CAS-CÓN, A., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- PELE, ANTONIO (2010): *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid.
- QUINN, GERARD (2011): «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>
- (2010): «Concept paper. Personhood and legal capacity. Perspective of Paradigm Shift of art. 12 CRDP», HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010.
- (2005): «Next steps. Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities», en BLANCK, PETER (ed.), *Disability Rights*, Ashgate, England, págs. 519-541.
- RAMIRO AVILÉS, MIGUEL ÁNGEL (2006): «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades* 15, págs. 229-230.
- (2012): «Lengua de signos y audismo», en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid, págs. 61-98.
- RAWLS, JOHN (1987): «Kantian constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, n° 77, págs. 515-571.
- (1996): *El Liberalismo Político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona.
- RIBOTTA, SILVINA (2011): *John Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid.
- ISAKO WONG, SOFÍA (2010): «Duties of justice to citizens with cognitive disabilities», en EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 127-146
- SEN, AMARTYA (1987): *The Standard of Living*, Cambridge University Press.
- SILVERS, ANITA y FRANCIS, LESLIE P. (2010): «Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 237-249.
- (2005): «Justice through Trust: Disability and the “Outlier” problem in Social Contract Theory», *Ethics*, n° 116, págs. 40-76.
- SINGER, PETER (2010): «Speciesism and moral status», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 331-344.
- STARK, CYNTHIA A. (2010): «Respecting human dignity contract versus capabilities», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 111-125.
- STEIN, MICHAEL (2007): «Disability Human Rights», *California Law Review*, vol 95, n° 1, págs. 75-121.
- WINKLER, DAVID (2010): «Cognitive disability paternalism and the global burden of disease», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (2010): *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 181-199.
- WOLF, JONATHAN (2010): «Cognitive disability in a society of equals», en KITTAY, EVA FEDER y CARLSON, LICIA (ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, págs. 147-169.