II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão refere-se à crise da democracia e desigualdades, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Crise da Democracia e Desigualdades ficou sob a responsabilidade de do professor Juan Antonio Parcero, da Universidade do México, que agrupou os 20 trabalhos inscritos, provenientes do Brasil, Equador, Peru, México, Chile, Colombia e Espanha, em três grupos que abordam as seguintes questões: i) teorias da justiça; ii) justificação da intervenção do Estado; iii) conceituação de direitos humanos.

Ana Isabel Abril Olivo (Equador) expõe, de forma detalhada, o problema da omissão da Corte Constitucional equatoriana no controle da faculdade do poder executivo de contrair dívida pública e, com isso, acaba por acarretar a impossibilidade de dar garantias a direitos sociais como a saúde, a educação, dentre outros.

Alfonso Henriquez Ramirez (Chile) explora algumas concepções sobre a justiça distributiva – suficientismo e prioritarismo – e seus problemas relativos ao direito à educação. Betzabé Xenia Marciani Burgos (Peru) se propõe, de acordo com Parcero, a discutir sobre o tipo de intervenção estatal que resulta admissível no Estado Constitucional de Direito, sob bases liberais, mas com compromisso de bem estar social. Macario Alemany García (Espanha)

“muestra que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación”. Víctor Carlos Hurtado Estrada (México), com base na filosofia de Kant sobre como podemos reagir diante de leis injustas e maus governos, fala da desobediência civil, da rebelião e do tiranicídio, passando pelo problema de objeção de consciência.

Um segundo grupo, com nove trabalhos, lida com a crise da democracia e os riscos de corrupção e de governos populistas pelos quais passa a maioria das democracias latino-americanas.

Nesse sentido, Daniela Carolina Chávez Cruz e Patricio Santiago León Yambay (Equador) destacam o impacto que as economias de mercado provocam no sistema de (i)legalidade. André Luis Pontarolli (Brasil) analisa a afetação da qualidade democrática pela corrupção típica dos sistemas capitalistas. Eduardo Feron Santos Azevedo e Guilherme Petry Matzenbacher (Brasil), junto com Robert Dahl, nos chamam a atenção para o fato de que a tentativa de se inserir elementos substantivos em uma teoria democrática pode ser uma saída não apenas arriscada, como também antidemocrática. Juan Jose Janampa Almora (Espanha) sustenta que, ao contrário do constitucionalismo deliberativo, o constitucionalismo de princípios ou argumentativo não serve para resolver a crise da democracia.

Luciano Crotti Peixoto e Franciano Sabadim Assis (Brasil) defendem o registro civil para a efetividade da cidadania. Pamela Lili Fernández Reyes (México) traz sugestões para o enfrentamento da corrupção. Aurymayerli Acevedo Suarez e Zaida Maritza Rojas Castillo (Colômbia) analisam o populismo na América Latina. Rafael Rizzi e Irineu Francisco Barreto Junior (Brasil) defendem o investimento das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) para incrementar a participação política dos cidadãos. Valentin Bartra Abensur (Peru) explora o conceito de democracia, crise e a influências das novas tecnologias digitais de massa.

No terceiro grupo estabelecido por Parcero, encontramos trabalhos que se concentram na situação atual do Brasil, com foco na reprodução das desigualdades, especialmente, de raça e classe social.

Fernando Pereira da Silva e Rafael Bitencourt Carvalhaes (Brasil) trouxeram o problema da desigualdade da riqueza, a defesa da educação de qualidade para todos e uma tributação mais justa, que desonere os mais pobres e onere a renda, o patrimônio, a movimentação financeira e a herança.

Péricles Stehmann Nunes, José Francisco Dias da Costa Lyra e Charlise Paula Colet Gimenez (Brasil), a partir de um marco teórico-conceitual vinculado à teoria dos sistemas de Luhmann e à obra de Marcelo Neves, analisam o problema da desigualdade em países que se encontram na modernidade periférica provocada pela globalização, como o Brasil. O trabalho de Rosilene dos Santos (Brasil) pretende compreender a realidade constitucional brasileira e critica a manipulação do sentido da Constituição atual pelo viés interpretativo dos juristas.

Augusto Sergio dos Santos de São Bernardo (Brasil) apresenta novos instrumentos metodológicos para tratar da história do direito e do pensamento jurídico brasileiro, de modo a considerar o que Wolkmer chamou de "direito histórico-crítico", que leva em conta marcos como a colonização e a escravidão, com o escopo de serem afirmados direitos humanos.

Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza (Brasil) faz uma reflexão sobre os estereótipos étnicos e sociais a partir da fotografia apresentada no jornal Meia Hora que contribuem para a construção simbólica da vida na favela e disseminação do medo, elemento importante para a legitimação da atuação do Estado e da polícia.

Lusmarina Campos Garcia (Brasil), em seu trabalho, faz uma leitura do direito como parte de uma ideologia que oculta as relações de dominação e luta de classes.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

REPRESENTACIÓN Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y/O INTELECTUAL

REPRESENTACIÓN Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL Y/O INTELECTUAL

Macario Alemany García

Resumo

El objetivo del trabajo es mostrar que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad defienden un "cambio de paradigma" en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la "tutela". En particular, en este trabajo me centro en la postura expuesta por el Comité en su Observación General nº 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual. En primer lugar, describo brevemente el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y la interpretación que de la misma ha hecho el Comité. En segundo lugar, siguiendo el análisis del concepto de representación de Isabel Lifante Vidal (2009 y 2018), muestro que una consideración profunda del concepto de representación pone de manifiesto que el principio de protección de los intereses del representado configura toda la institución. En tercer lugar, critico la tesis de que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual en la forma tradicional de las tutelas y/o curatelas entraña necesariamente una discriminación. En cuarto y último lugar, trato de mostrar que en el transfondo de las observaciones del Comité está la ideología neoliberal, que es la globalización de un localismo, la cultura anglosajona.

Palavras-chave: Representación, Discapacidad, Igualdad, Discriminación, Autonomía, Derechos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

El objetivo del trabajo es mostrar que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo

inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad defienden un "cambio de paradigma" en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la "tutela". En particular, en este trabajo me centro en la postura expuesta por el Comité en su Observación General nº 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual. En primer lugar, describo brevemente el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y la interpretación que de la misma ha hecho el Comité. En segundo lugar, siguiendo el análisis del concepto de representación de Isabel Lifante Vidal (2009 y 2018), muestro que una consideración profunda del concepto de representación pone de manifiesto que el principio de protección de los intereses del representado configura toda la institución. En tercer lugar, critico la tesis de que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual en la forma tradicional de las tutelas y/o curatelas entraña necesariamente una discriminación. En cuarto y último lugar, trato de mostrar que en el transfondo de las observaciones del Comité está la ideología neoliberal, que es la globalización de un localismo, la cultura anglosajona.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Representación, Discapacidad, Igualdad, Discriminación, Autonomía, Derechos humanos

Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual

Macario Alemany (University of Alicante)

Macario.alemany@ua.es

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es mostrar que la *representación* de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el *Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad* defienden un "cambio de paradigma" en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la "tutela". En particular, en este trabajo me centro en la postura expuesta por el *Comité* en su Observación General nº 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual. En primer lugar, describo brevemente el contenido de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* y la interpretación que de la misma ha hecho el *Comité*. En segundo lugar, siguiendo el análisis del concepto de representación de Isabel Lifante Vidal (2009 y 2018), muestro que una consideración profunda del concepto de representación pone de manifiesto que el principio de protección de los intereses del representado configura toda la institución. En tercer lugar, critico la tesis de que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual en la forma tradicional de las tutelas y/o curatelas entraña necesariamente una discriminación. En cuarto y último lugar, trato de mostrar que en el transfondo de las observaciones del *Comité* está la ideología neoliberal, que es la globalización de un localismo, la cultura anglosajona.

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es mostrar que la *representación* de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el contexto jurídico, la representación de menores e incapaces está presente desde tiempo inmemorial y, hasta hace pocos años, era un lugar común aceptar la legitimidad de estas figuras. Sin embargo, una parte importante del activismo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y, de forma muy relevante, el *Comité de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad* (en adelante, *Comité*) defienden un "cambio de paradigma" en esta materia y afirman el carácter discriminatorio de las tradicionales formas de representación de incapaces, como, por ejemplo en Derecho español, la llamada institución de la "tutela". En particular, en este trabajo me centraré en la postura expuesta por el *Comité* en su Observación General nº 1 (2014) en relación con el tema de la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual.

En primer lugar, describiré brevemente el contenido de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, *Convención*) y la interpretación que de la misma ha hecho el Comité. En segundo lugar, siguiendo el análisis del concepto de representación de Isabel Lifante Vidal (2009 y 2018), trataré de mostrar que una consideración profunda del concepto de representación pone de manifiesto que el principio de protección de los intereses del representado configura toda la institución. En tercer lugar, criticaré la tesis de que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual en la forma tradicional de las tutelas y/o curatelas entraña necesariamente una discriminación. En cuarto y último lugar, trataré de mostrar que en el transfondo de las observaciones del *Comité* está la ideología neoliberal, que es la globalización de un localismo, la cultura anglosajona.

2. El cambio de paradigma sobre los derechos de las personas con discapacidad.

2.1. De acuerdo con la *Convención* son personas con discapacidad todas aquellas que "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que,

al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (Art. 1). La *Convención* mantiene a lo largo de todo su articulado un tratamiento unitario de la discapacidad y, en particular, no se considera relevante la distinción entre la discapacidad que resulta de deficiencias mentales e intelectuales, y la discapacidad que resulta de deficiencias físicas o sensoriales. El principio general de la Convención es "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas" (art. 3).

2.2. El objetivo principal de la *Convención* es evitar la discriminación de las personas discapacitadas. Por "discriminación por motivos de discapacidad" debe entenderse "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (Art. 2). Por "ajustes razonables" la Convención se refiere a "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (Art. 2).

2.3. Sin abandonar el tratamiento unitario de la discapacidad, la prohibición de discriminación daría lugar, de acuerdo con la Convención, a un régimen jurídico de la discapacidad cuyo núcleo es el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad en los siguientes términos:

> *Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.*
>
> *1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que* ***las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida****; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en*

materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria" (el resaltado es mío).

2.4. De acuerdo con la Observación General nº 1 (2014) del *Comité,* por "capacidad jurídica" en el art. 12 de la *Convención* debe entenderse no solo el reconocimiento de la personalidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones (como así han hecho los Estados firmantes de la Convención), sino también la "capacidad de obrar", esto es, la de "actuar en Derecho (...) como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin" (Observación, nº 12). En consecuencia, hay que "abolir los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones" (Introducción, 7) y, en su lugar, se debe instituir un "modelo de apoyo".

Los rasgos principales del nuevo "modelo de apoyo" son los siguientes: “nunca debe consistir en decidir por ellas” (Observación, 17); incluso “en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (Observación, 18); “algunas personas con discapacidad (…) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12.3. (Observación, 19); “el principio del “interés superior” no es una salvaguarda que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos”; “el paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior”. (Observación, 21).

En cuanto a las personas con discapacidad mental y/o intelectual, se detallan algunas consecuencias de esta interpretación de la Convención: "déficit en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse para negar la capacidad jurídica"

(Observación 13); "…su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones (…) constituye una privación arbitraria de libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención" (Observación, 40); en cuanto a los tratamientos psiquiátricos forzosos, que afectan "especialmente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual y otras discapacidades cognitivas. Los Estados partes deben eliminar las políticas y las disposiciones legislativas que perpetran el tratamiento forzoso" (Observación, 42). "(…) se debe proceder a la desinstitucionalización, y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica y poder elegir dónde y con quién vivir" (Observación, 46).

2.5. Conforme con esta interpretación por el *Comité*, algunos juristas han entendido que la incorporación de la *Convención* al Derecho español implica que ya no cabe la declaración de incapacidad puesto que "vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de su capacidad de obrar y la discrimina con respecto a las personas capaces" [1].

2.6. En cuanto al fundamento de esta interpretación de la Convención por el Comité en relación con las personas con discapacidad mental y/o intelectual, leemos lo siguiente:

> "En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición) o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica de forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presuponemos que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un

[1] Esta es la posición defendida por la fiscalía en la *Sentencia del Tribunal Supremo Español, nº 282/2009, Sala 1ª, de lo Civil, de 29 de abril de 2009*. He publicado un comentario a esta sentencia, así como una crítica general a la interpretación de la *Convención* por el *Comité* (sin centrarse en el asunto que aquí se trata) en Alemany, 2018.

> derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos estos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio" (Observación, 15).

3. Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual

3.1 De acuerdo con el análisis de Lifante del concepto de representación, desde el punto de vista estructural, "representación" es un concepto relacional que cabría esquematizar del siguiente modo: "X representa a Y, en Z". Los elementos del concepto de representación serían, en consecuencia, los siguientes:

1. *X*: El objeto/sujeto que representa: la representación o el agente representante.
2. *Y*: El objeto/sujeto que es representado.
3. *Z*: El ámbito de la representación.

Lifante distingue entre una *representación no práctica* y una *representación práctica*. En la primera, la *representación no práctica*, el elemento X puede ser un sujeto o un objeto que alude a Y; se trata de describir, reflejar o simbolizar a Y por X. En la segunda, la *representación práctica*, el elemento X es necesariamente un sujeto que actúa por o en lugar del representado Y, quien es visto como portador de intereses (Lifante Vidal, 2009: 513). Dentro de la representación práctica, hay que distinguir igualmente entre aquellos supuestos en que Y es un individuo y aquellos en los que es una persona jurídica. Por último, dentro de la *representación individual* (también llamada "representación privada"), se suele distinguir, dependiendo de si el individuo Y es capaz o incapaz y se suele asociar la primera con la "representación voluntaria o negocial" y la segunda con la "representación necesaria o legal". Para Lifante, que considera a la representación como un concepto *tû-tû* (un concepto de enlace de acuerdo con el famoso análisis de Ross), cabe distinguir entre las cuestiones relativas a su antecedente (diversos modos de constituir una relación representativa) de lo relativo a su consecuente (consecuencias que se anudan a dicha relación).

3.2. En cuanto a lo primero, el antecedente, la creación o la extinción de la relación jurídica de representación depende “fundamentalmente del tipo de sujeto que sea representado” (Lifante Vidal, 2009: 520). En relación con el tema que nos ocupa, desde este punto de vista de los antecedentes, la constitución de una relación de *representación necesaria* de una persona con una discapacidad mental y/o sensorial está mediada por la noción jurídica de "incapacidad" (o su equivalente funcional, con independencia del *nomen iuris* elegido). La distinción entre personas capaces, de un lado, y menores e incapaces, de otro lado, parece una buena candidata a ser comprendida como una distinción esencial, que no puede estar ausente en un derecho *racional*.

Ahora bien, “persona con discapacidad” no equivale a "incapaz". La "incapacidad" es una institución jurídica, mientras que la "discapacidad" es una cuestión de hecho (más adelante, volveré sobre este punto); mientras que tiene sentido hablar de una deficiencia o discapacidad sin referencia a norma alguna, no lo tiene en relación con la noción jurídica de "incapacidad". Los hechos que determinan la verdad de un juicio sobre la "discapacidad" de una persona son de naturaleza diferente a los que determinan la verdad sobre su "incapacidad". Para que una persona adulta con una discapacidad sea considerada incapaz, ya sea globalmente o para la realización de una determinada tarea, se requiere normalmente la mediación del juicio de alguien a quien se le atribuye el poder de determinar que la discapacidad está generando una incapacidad.

Las posiciones jurídicas de los individuos se disponen directamente por medio de *normas téticas* o se predisponen indirectamente por medio de *normas hipotéticas*. En el primer caso, se establece universalmente que para todos los sujetos de una clase definida por cierta propiedad, por ejemplo el ser menores de 18 años, se sigue una determinada consecuencia jurídica, por ejemplo la inhabilitación para votar en elecciones públicas. Una parte importante de las consecuencias jurídicas de la minoridad se suelen regular de esta manera y por ello se habla de un "estatus de la minoridad". En el segundo caso, se le confiere el poder a un sujeto de, si se constatan ciertos hechos, declarar "incapaz" a un individuo, de lo cual se seguirán ciertas consecuencias jurídicas. En el derecho español, y creo que en todos los derechos desarrollados, la incapacidad se dispone hipotéticamente. En el Código civil español, por ejemplo, se establece que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia

judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley" (art. 199 Cc), al tiempo que se especifica que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismas" (art. 200 Cc).

En conclusión, vemos que la discapacidad en sí misma no es *directamente* considerada incapacidad en un doble sentido: primero, porque el régimen de la incapacidad se construye por medio de normas hipotéticas y, segundo, porque las enfermedades o deficiencias vinculadas a la discapacidad solo son causa de incapacitación cuando impide a la *persona gobernarse por sí misma*.

3.3. Desde el punto de vista de los antecedentes de la relación de representación, no hay nada que objetar al texto de la *Convención* si interpretamos que veda que la "discapacidad" se convierta *directamente*, sin el doble condicionamiento al que se acaba de aludir, en la constitución de una relación de representación *necesaria* o *legal*. Habría aquí una diferencia sustancial entre el tratamiento jurídico de la minoridad y el de la discapacidad. Se trata de una interpretación razonable y compatible con la tradición jurídica, pero que es rechazada de plano por la *Comisión*, la cual viene a sostener que la representación de discapacitados adultos debe ser siempre del tipo "ex contrato", esto es, representación negocial o consensual. El "modelo de apoyos" defendido por la comisión parece incompatible con la constitución de una representación necesaria incluso en los supuestos en que una discapacidad mental y/o intelectual menoscaba seriamente la formación de una voluntad autónoma. La consecuencia de esta concepción es, a mi juicio, una seria discriminación de las personas con discapacidad mental o psíquica grave que no estén en condiciones de gobernarse a sí mismas. Se diría que se trata de garantizar al máximo los derechos y libertades de una parte del conjunto de las personas con discapacidad (aquellas que son suficientemente autónomas), a costa de eliminar dichas garantías para otra parte (las que no son suficientemente autónomas).

3.4. Por la parte del consecuente de la relación de representación, la concepción de Lifante resulta esclarecedora para juzgar hasta qué punto es la *Comisión* y no los Estados quien ha incurrido en una suerte de "malentendido general", en este caso, sobre el sentido de la representación necesaria. Para esta autora, en toda representación práctica "el consecuente presenta tanto un aspecto, digamos, *constitutivo* (los actos de *X* en el ámbito *Z cuentan como* actos de *Y*, es decir, las consecuencias de los actos

realizados por *X* en el ámbito *Z* se imputan a *Y*), como también un aspecto *regulativo*" (Lifante Vidal, 2009: 520). Este último aspecto, esencial para comprender el rol del representante, y de una concepción sustantiva de la representación (Pitkin), es caracterizado por Lifante como "la actuación en interés de otro". La dimensión constitutiva y la dimensión regulativa son inescindibles.

Si interpreto correctamente la postura de Lifante, la clave de la misma es la idea de que la tarea de representación, ni siquiera en los supuesto de representación voluntaria, puede basarse únicamente en una o varias reglas que pretenden determinar mecánicamente la conducta del representante, sin que este lleve a cabo juicio alguno sobre la aplicabilidad de las reglas en cuestión cuando sea el caso. Hasta en el negocio más sencillo puede surgir una circunstancia imprevista que haga que el representante deba apartarse de las "órdenes" del representado: piénsese, por ejemplo, en el mandato de adquirir un bien determinado y que cuando llega el momento de llevar a cabo la compra el mandatario advierte de un grave vicio oculto en el mismo. Para Lifante, el ámbito de la representación siempre se puede caracterizar de "discrecional" (Lifante Vidal, 2009: 521), lo cual supone que "en el margen de maniobra de que normalmente gozará el representante, su actividad estará regulada, además de por reglas de acción que impongan límites a su actuación, por normas de fin que obligan a perseguir el interés del representado". Todo esto se aplica a la representación de sujetos autónomos, para los cuales tanto seguir su voluntad expresa como apartarse de la misma en circunstancias no previstas equivale a actuar en interés del representado. Y, obviamente, se aplica a la representación de incapaces, donde o bien no hay una voluntad o se trata de una voluntad seria y negativamente afectada por un trastorno mental o una deficiencia psíquica.

4. Sobre el pretendido carácter discriminatorio de la representación práctica necesaria de las personas con discapacidad mental y/o intelectual

4.1. Las instituciones jurídicas tradicionales de representación de menores e incapaces que, en el derecho español, reciben el *nomen iuris* de "*patria potestas*", "tutela" y "curatela") son claramente un caso de *representación práctica necesaria*, en las que X es un individuo o entidad a la que se le presupone la capacidad, Y es un sujeto incapaz

al que se le presupone portador de intereses y el ámbito Z puede ir desde todos los actos con relevancia jurídica de X a un solo tipo de acto en particular. La representación de las personas con discapacidad, cuando esta discapacidad es de tipo mental y/o intelectual, es una institución presente hasta ahora en todos los ordenamientos jurídicos desarrollados.

4.2. La representación práctica de menores e incapaces no niega, sino que presupone el carácter de *persona* del sujeto representado y el igual valor de sus intereses con respecto al resto de la comunidad humana en la que se inserta. El niño recién nacido que todavía no ha desarrollado las capacidades de raciocinio y auto-consciencia, que están en el fundamento del valor moral atribuido a la especie humana, es recibido por la comunidad como "persona" precisamente mediante el artificio de la "representación". Del mismo modo, la persona de edad que ha perdido esas capacidades al verse afectada por una "demencia senil" no es expulsada por ello de la comunidad de las personas morales gracias al artificio de la representación.

El entramado de normas en que consiste la representación hace posible que una persona con un serio déficit de autonomía pueda, sin embargo, ejercitar sus derechos y libertades por medio de un representante. En estos supuestos, la función de la representación necesaria es proteger los intereses de la persona que, por padecer una discapacidad mental y/o intelectual, no puede hacerlo por sí misma y combatir la desigualdad social que puede provocar la existencia de enfermedades mentales y/o deficiencias intelectuales.

4.3. La *Convención* puede ser interpretada, cuando señala que la discapacidad es parte de la "diversidad y la condición humana", en el sentido de que todos los seres humanos pueden verse, y se verán con mucha probabilidad, afectados por la misma. La discapacidad, la enfermedad y la muerte son, efectivamente, elementos siempre presentes en la vida del ser humano, forman parte de su condición existencial. Ahora bien, el *Comité* hace suya la noción de enfermedad como un "constructo social" y pone en el centro de sus consideraciones la idea de "diversidad funcional". Esta idea más allá del nivel de lo políticamente correcto (donde se produce un continuo deslizamiento de los términos que se refieren a la discapacidad hacia lo emotivamente desfavorable y, en consecuencia, una continua sustitución de los mismos), constituye a mi juicio un serio error en el punto de partida al negar que la discapacidad sea en sí misma un mal, la

desconecta de la concepción de la enfermedad y reduce todo el problema de los derechos de los discapacitados al problema de una minoría que es discriminada por ser diferente de la mayoría.

En contraste con esta posición, la discapacidad es contemplada tradicionalmente (y razonablemente) por el Derecho como un mal objetivo. El que la discapacidad sea un mal no quiere decir que los discapacitados sean malos y tampoco que la existencia de los discapacitados sea necesariamente penosa o que su vida carezca de sentido. Como señala Laín Entralgo al dar cuenta del proceso de personalización de la enfermedad, la persona puede enfrentarse a la misma de dos modos, puros y contrapuestos, la aversión y la asunción (Laín Entralgo, 1981: 146). En este último caso, el carácter esencialmente aflictivo de la enfermedad puede adquirir también una dimensión positiva, de provecho para la persona, ya sea de índole inmaterial (la bienaventuranza del sufrimiento para el religioso, la fortaleza de carácter resultado de la superación, etc.), o material (la pensión que se obtiene a causa de la enfermedad, el apartamiento del trabajo cotidiano, etc.). Pero esta dimensión positiva y subjetiva de la enfermedad no niega el carácter objetivamente malo de la misma, sino que lo da por supuesto: la bienaventuranza, la superación, la contraprestación, etc., vienen porque el mal es asumido, superado, compensado, etc.

La discapacidad siempre entraña una situación de desigualdad entre la persona que padece esa discapacidad y quienes no la padecen. Dicha desventaja puede verse agravada por una situación de marginación o de prejuicios sociales, pero se distingue de dichos componentes sociales por su conexión con la nociones de "salud" y "enfermedad". Sin embargo, un individuo que es discriminado por pertenecer a una minoría racial y que como consecuencia de ello encuentra barreras a su desarrollo personal, por ejemplo la imposibilidad de acceder a una educación, barreras que no se dan para la mayoría, no es una persona con discapacidad.

La discapacidad está vinculada a una condición patológica en el cuerpo del sujeto, de cierta intensidad y duración, que conlleva un "no poder hacer" lo que en condiciones normales cabe hacer (Laín Entralgo, 1981: 183). Un individuo que no puede alcanzar el conjunto de competencias que se adquieren en un grado universitario, por sufrir una discapacidad intelectual severa, no es por esa única razón una persona discriminada. La discriminación está vinculada a prejuicios que determinan distinciones

arbitrarias entre sujetos iguales en relación a ciertos aspectos. Por supuesto, a lo largo de la historia y en la actualidad, las personas con discapacidades han sido frecuentemente discriminadas. En particular, las personas con discapacidad mental y/o intelectual han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos, a veces por prejuicios e ignorancia, otras veces, sencillamente por una voluntad de explotación de los más fuertes sobre los más débiles. Pera también se viola el derecho de las personas con una grave discapacidad mental y/o intelectual (que les imposibilita para tomar decisiones autónomas) por un activismo llevado a cabo por personas con otros tipos de discapacidades que erigiéndose en representantes de los primeros les niegan, paradójicamente, el derecho a la representación. Vemos aquí los dos sentidos de representación práctica y no práctica puestos en juego y, nos da pie, a considerar hasta qué punto el *Comité* es representativo, en sentido no práctico, tiene legitimidad podría decirse, para hacer esta peculiar lectura de la *Convención*.

5. La ideología neoliberal subyacente a la posición del *Comité*

5.1. En torno a los derechos de las personas con discapacidad, a partir de la Convención se ha generado una tupida red de organismos públicos y privados de representación de los intereses de los discapacitados. Estos organismos, entre los cuales el más sobresaliente es el *Comité,* comparten en la actualidad tres rasgos: suelen estar regidos por discapacitados con deficiencias físicas y/o sensoriales, han hecho suya la ideología del "modelo social" de la enfermedad y asumen una noción de la idea de dignidad vinculada al neoliberalismo propagado fundamentalmente por la cultura anglosajona.

5.2. En cuanto al primer rasgo, se trata de adoptar un carácter representativo en el sentido no práctico distinguido por Lifante: una legitimidad para defender los intereses de los discapacitados, que nace del hecho de la identidad o parecido entre representantes y representados.

Parece razonable que un comité que representa (en sentido práctico) los intereses de los discapacitados, también debe ser representativo (en sentido no práctico) en su composición del colectivo de los discapacitados. Pero de aquí no se sigue que dicha representación en sentido no práctico, la legitimidad, solo se obtiene cuando *todos* los miembros del comité son discapacitados. Esto constituye, a mi juicio, un error,

fundamentalmente por dos razones: En primer lugar, en relación con el particular tema de este trabajo, dichos Comités no son realmente representativos (en el sentido no práctico) de las personas que por padecer una seria discapacidad mental y/o intelectual no estén en condiciones de autogobernarse, porque no pueden serlo; los sujetos que los componen son todos personas capaces en el sentido jurídico. En segundo lugar, precisamente de la afirmación de que la enfermedad forma parte universalmente de la experiencia de la vida humana, de la condición existencial del ser humano, se sigue que personas que no padecen una discapacidad bien pueden participar en dichos organismos y comités y, sobre todo, pueden ser portadores de puntos de vista que defiendan igualmente los intereses de las personas con discapacidad.

5.3. Más arriba ya he criticado el "modelo social" de la discapacidad. Aquí tan solo quisiera añadir la contundente opinión expresada por Manuel Atienza sobre dicho modelo, cuando comenta las causas que han llevado al *Comité* y algunos juristas al error de entender que la incapacitación entraña necesariamente una violación de derechos:

> "Y otra circunstancia (esta de carácter filosófico) – dice Atienza- es el llamado "constructivismo social" aplicado al concepto de personas con discapacidad. Se trata, en opinión del mayor filósofo vivo del mundo latino (Mario Bunge), de una moda intelectual que forma parte del "movimiento que está arrasando las facultades de Humanidades en países industrializados" y que a él le parece una "visión tan falsa como peligrosa". Aplicada al concepto de enfermedad, lo que vendría a decir es que "las enfermedades son invenciones de la profesión médica" (Bunge 2009, 161); y aplicada a las discapacidades, que estas contienen siempre un componente social, son siempre socialmente construidas (de ahí la confusa definición del artículo 1, apartado 2), lo que parece, en efecto, falso y peligroso: la demencia senil (que afecta a muchas de las personas que son incapacitadas jurídicamente) es un trastorno neurocognitivo (de variada etiología) cuya frecuencia aumenta con la edad y que impide a quien lo padece "una participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás [personas]" con completa independencia de la existencia o no de barreras sociales, desmintiendo con ello la definición del artículo 1, apartado 2." (Atienza, 2016: 265).

5.4. El tercer rasgo, el compromiso con una ideología neoliberal, se muestra en cuanto a la representación en que se toma el contrato de mandato como el modelo de representación y se asume que el mandato, en contra de lo aquí defendido, puede prescindir siempre de un juicio sobre la tutela de los intereses del mandante. Se trata de

extender el ideal del mercado neoliberal, un juego de intercambios entre sujetos racionales que siempre saben mejor que nadie cuáles son sus intereses, a todas las áreas del Derecho. Y se muestra igualmente en la concepción de la dignidad que se ha asumido. Sostiene Atienza que la *Convención* "identifica erróneamente la dignidad con la autonomía, entendida esta última en un sentido puramente liberal o, por decir mejor, neoliberal" (Atienza, 2016: 263). En el caso del *Comité*, además, la autonomía parece reducirse a la mera ausencia de interferencias con la libertad de acción y decisión, se trataría de respetar cualquier decisión expresada por una persona, si esta es discapacitada, con independencia de juicio alguno sobre la validez de dicha decisión.

De acuerdo con Atienza, la noción de "dignidad" que está detrás de las declaraciones constitucionales es la kantiana, enunciada en el famoso imperativo de "obrar de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio". Atienza ha llamado la atención en numerosas ocasiones sobre la importancia de la palabra "solamente" en este enunciado, porque Kant asume que las personas son usadas, la cuestión es que no pueden ser puramente instrumentalizadas. Parece ser que Kant, nos explica Atienza, entendió la dignidad de las personas a partir de la idea jurídica de cosas que no pueden ser objeto de apropiación, una categoría del *Corpus Iuris Civilis* que incluía a las cosas "sagradas" como las murallas o las puertas de la ciudad. De donde se sigue que la persona, como fin en sí mismo, no puede ser objeto de apropiación siquiera sea por su portador. Esta concepción se opone a la liberal o "neoliberal" según la cual "cada uno es dueño de su propia persona y puede hacer de su vida, de su propio cuerpo, lo que se le antoje" (Atienza, 2016: 264).

La dignidad kantiana no se reduce, por tanto, a autonomía y no se ve negada por el simple hecho de que se admita la representación necesaria en determinadas circunstancias. Si tiene razón Atienza -como creo que la tiene-, al señalar que es esta noción de dignidad la que subyace a la mayoría de las constituciones actualmente en vigor, el *Comité*, con su fuerte compromiso con una particular corriente ideológica, el neoliberalismo anglosajón, estaría empeñado en la globalización de un localismo y habría perdido gravemente representatividad con respecto a al conjunto de las personas con discapacidad y, en general, con respecto a todos los ciudadanos de los Estados firmantes.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. (2016). “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Ius et Veritas*, 53, 262-266.

Alemany García, M. (2018) “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 201-222.

Laín Entralgo, P. (1981) *La medicina actual*. Madrid, Dossat.

Lifante Vidal, I. (2009) “Sobre el concepto de representación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 487-524.

Lifante Vidal, I. (2018) *Representación y responsabilidad*, Fontamara, México.