

RÉPLICA

**SOBRE «UNA CRÍTICA A LOS PRINCIPIOS DE LA REFORMA
DEL RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD»
Réplica a la reseña de M.E. Torres Costas**

Macario Alemany García

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

En la sección *Varia* del último número de la Revista de Derecho Civil (vol. VIII, núm. 2, 2021), M^ª Eugenia Torres Costas presenta una «reseña bibliográfica» sobre el libro *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, editado por Pedro A. Munar Bernat (Marcial Pons, Madrid, 2021). En dicha reseña, Torres Costas no solo no da cuenta cabal del contenido del capítulo de mi autoría, «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», sino que, abandonando la presumible ecuanimidad del reseñista, me crítica con —como mostraré— muy malos argumentos y termina en una agria argumentación *ad hominem* contra mi persona.

Torres Costas comienza resumiendo mi posición en torno al paternalismo del siguiente modo:

Alemany defiende la necesidad de mantener el paternalismo jurídico «justificado» sobre las personas con discapacidad adultas en los casos que éstas muestren algún déficit de autonomía, se pueda obtener un beneficio objetivo y sea plausible que la persona tratada paternalísticamente hubiera consentido (hipotéticamente) la medida. El paternalismo justificado legitima así el ejercicio del poder sobre una persona para evitarle daños, lo que supone, en última instancia sustituir su voluntad; justamente lo contrario al paradigma de la discapacidad y al sistema de provisión de apoyos que propugna la CDPD.

El entrecomillado a la palabra «justificado» es de la cosecha de la autora, expresión imagino de la reluctancia que le produce la idea. Torres Costas copia en este párrafo lo que yo digo que sostiene Atienza sobre el principio de paternalismo justificado en su artículo «Juridificar la bioética» (véase la p. 26 *in fine*). En ese trabajo, Atienza, en un cuadro sinóptico, define por medio de estos tres rasgos el principio de paternalismo justificado. Donde yo explico mi posición sobre las condiciones de justificación no es ahí, sino a continuación, en el apartado 2.2., denominado «Las condiciones de

justificación del paternalismo justificado», en el cual sostengo que las siguientes serían las condiciones de justificación del paternalismo: 1) idoneidad, 2) necesidad, 3) proporcionalidad y 4) consentimiento hipotético de la persona afectada por la medida. No voy a aventurar nada sobre porqué se ha preferido copiar un párrafo relativo a Atienza y no resumir mi posición, pero es un defecto muy notable en lo que se presenta como una reseña.

Más adelante, leo que yo defiendo que, en relación a las personas con discapacidad mental y/o intelectual, el «tratamiento de los adultos con esta última condición debe ser equiparado al de los niños». Me parece una forma de presentación excesivamente simplificada, hasta el punto que sugiere que defiendo que basta con constatar que alguien padece una discapacidad mental y/o intelectual para que se aplique un tratamiento paternalista, o se le trate como a un niño, lo cual no es el caso. Permítanme que exponga mi argumento: la edad por sí misma es irrelevante como criterio para justificar el paternalismo con los menores. Si ese paternalismo puede estar justificado, tendrá que ser porque se constata la existencia de algunas propiedades que acompañan de forma general a la minoridad y que tienen relevancia en relación con la capacidad de autogobierno: por ejemplo, la inmadurez de juicio que impide asumir las consecuencias perjudiciales de los propios actos. Entonces, si no es la edad, sino propiedades que se suelen vincular a la edad las que son relevantes, cualquier persona, también si es adulta, que tenga las mismas propiedades, lógicamente puede ser tratado de forma semejante.

A continuación, nos encontramos con una argumentación falaz, en la que se construye un falso dilema, del que solamente se puede concluir que soy un ignorante o que soy el sujeto más arrogante de la humanidad. El texto es el siguiente:

Califica el principio de unidad de tratamiento de la discapacidad recogido en el Proyecto como uno de los principales errores de la reforma, lo cual, desde mi punto de vista supone, o bien un desconocimiento de que dicha unidad de tratamiento fue unánimemente consensuada por todas las partes negociadoras de la CDPD a la que el Proyecto busca adaptarse; o bien que el rechazo del autor se extiende a la voluntad unánimemente aceptada por todos los Estados parte y por todas las entidades representantes de todas las personas con todo tipo de discapacidad de todo el mundo y culturas durante la elaboración del Tratado.

Dejando a un lado si aquí se sigue con la guisa de reseñista o se ha pasado a otro terreno, el caso es que el dilema presentado es, como digo, tan falso como insultante. No desconozco que entre los participantes en la elaboración del CDPD y también de la reciente reforma en España hay acuerdo sobre manejar ese principio de unidad de tratamiento. De hecho, es lo que afirmo. También digo que dicho acuerdo es tan

general como «nominal» porque la reforma está orientada, como es inevitable, solo para las personas cuya discapacidad conlleva déficits relevantes de autonomía. Y sobre lo segundo, no creo que exista ese tipo de unanimidad con respecto a nada en «todo el mundo y culturas» a la que yo, como un Nerón enloquecido, me pudiera oponer (al final volveré sobre esto). Basta con rascar un poco, si se quiere, para ver, por ejemplo, que el artículo 12 de la Convención suscitó, por lo que a las personas con discapacidad mental y/o intelectual se refería, no pocas reservas por parte de algunos Estados (que deben ser de otro mundo): por ejemplo, Canadá, Australia, Egipto, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; y conviene no olvidar que el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad aprobó su famosa Observación general nº 1 (2014) sobre ese mismo artículo 12 porque que había constatado un «malentendido general» de los Estados firmantes sobre la interpretación del mismo (malentendido consistente en interpretar el texto la Convención de forma que es compatible con el régimen tradicional en la sustitución de las decisiones en cuanto a las personas con discapacidad mental y/o intelectual grave; tal y como había hecho nuestro Tribunal Supremo en la importante sentencia STS 282/2009, Sala 1ª, de 29 de abril de 2009). Por último, esas apelaciones al consenso, en un contexto en el que se están aportando argumentos sobre la cuestión tratada, no es más que una falacia *ad populum*: desviando la cuestión del debate de los argumentos a la simple apelación a la mayoría. Que mi posición es minoritaria ya lo sé, que baste con señalarlo para darla por liquidada no estoy tan seguro.

A continuación, vienen dos párrafos finales donde, por decirlo así, la veda se abre. Voy a por el primero:

Concluye su exposición –dice Torres Costas– afirmando abiertamente: «[...] considero a la discapacidad un mal». En efecto, para Alemany es lo mismo vivir con una discapacidad que vivir con dolor o con una enfermedad. Así, continúa textualmente: «Del mismo modo que considero que son un mal la enfermedad, el dolor o la muerte»; y aunque luego suaviza estas afirmaciones explicando que ello no significa que los «discapacitados» o los enfermos sean malos y que los que consideran sus afirmaciones como insultos confunden el mal físico con el mal moral, resulta evidente su visión capacitista de la discapacidad. Como expone la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en su informe de 2019 (A/HRC/43/41, párr.9), este pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. En nuestra opinión, que sigue la línea de la Relatora Especial, esta visión capacitista genera prejuicios que dan lugar a prácticas discriminatorias como, entre otras, la negación de la capacidad jurídica por razón de la capacidad mental que, en definitiva, es lo que defiende con contundencia este autor.

Por supuesto estoy en desacuerdo con lo que dice la Relatora especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque en mi trabajo no me refiero a ella. En todo caso, al fragmento solo le puedo oponer el que yo he escrito y que el lector juzgue si con la reseña hubiera obtenido una idea correcta tanto de la forma como del fondo de mi posición:

He terminado el anterior epígrafe refiriéndome al «goce» de las capacidades y al «padecimiento» de las discapacidades. De donde se sigue que considero a la discapacidad un mal. Del mismo modo que considero que son un mal la enfermedad, el dolor o la muerte. De aquí no se sigue que los discapacitados sean malos, como tampoco lo son los enfermos o las personas que padecen dolor o que mueren. Muy al contrario, quienes se toman como un insulto mis afirmaciones están confundiendo el mal físico con un mal moral y recayendo en la vieja concepción de la enfermedad (y de los enfermos) a la que antes aludí, que tanto juego ha dado a verdaderas políticas de discriminación. Ni siquiera se sigue de lo que digo que la enfermedad o la discapacidad no puedan tener efectos beneficiosos en balance para una persona en particular: numerosos son los casos de personas que se convierten en ejemplos morales o que tienen vidas plenas a partir de la experiencia de la enfermedad y la discapacidad. Pero el que un mal se pueda superar o nos impulse a superarnos no hace que se convierta en un bien.

Intentamos evitar que las personas sufran accidentes o enfermedades que les provoquen discapacidades, porque consideramos que estas son malas. Intentamos compensar las discapacidades porque consideramos que son desventajas. Sancionamos a quienes causan una lesión injustificadamente a otros porque consideramos que les dañan. Etcétera. Y nada de esto implica que afirmar de alguien que está enfermo o es discapacitado es una forma de insultarlo. Muy al contrario, la enfermedad y la discapacidad son condiciones existenciales del ser humano, a todos nos atañen, forman parte de la experiencia de lo que somos y todos, tarde o temprano, nos encontramos sumidos en la misma (p. 43).

Más adelante, Torres Costas incurre en lo que yo, poniéndome la venda antes de la herida, preveía como posible respuesta a mi capítulo y que llamaba la «falacia del insulto», de acuerdo con la cual mostrar una opinión discordante en este tema con la posición mayoritaria se considera equivalente a insultar a las personas con discapacidad. En primer lugar, me acusa de no tomar en cuenta la opinión de las propias personas con discapacidad, lo cual es notoriamente falso: creo haberle prestado, por ejemplo, más tiempo y dedicación a los documentos del Comité de NU sobre derechos de las personas con discapacidad que a cualquier otra fuente. De hecho, empecé a interesarme en este tema a raíz de un intenso (y duro) debate con

representantes del CERMI, de cuyas publicaciones procuro estar al tanto. Pero, eso sí, debo reconocer que no miro a la hora de consultar un buen trabajo si la persona es o no discapacitada. Las razones para no hacerlo están explicadas en un artículo titulado «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual» (*Práctica de Tribunales*, 145, 2020), donde he defendido la legitimidad de intervenir en este debate aún sin ser una persona con discapacidad, puesto que lo contrario supone romper la universalidad básica del discurso moral, y he llamado la atención sobre la peculiaridad de la discapacidad de la que yo me ocupo (serios déficits mentales y/o intelectuales que impiden a una persona gobernarse por sí misma); piénsese, por ejemplo, que ninguno de los integrantes del Comité de NU de los derechos de las personas con discapacidad tiene esa condición, de modo que ellos como yo se aventuran a defender (de forma inevitablemente paternalista) los intereses de un grupo al que no pertenecen. Por otro lado, no ignoro, como dice Torres Costas, que el «modelo social de la discapacidad» ha sido el resultado de movimientos de personas con discapacidad, pero considero que dicho modelo si bien puede servir como estrategia política, de emancipación, se basa en una concepción filosófica, «el constructivismo social», que carece de fundamento (una amalgama de errores conceptuales, falsedades de hecho y discurso hueco) y que cuando se aplica a las personas con discapacidad mental y/o intelectual produce consecuencias inaceptables para ellas.

Finalmente, concluye la autora su reseña, definitivamente tornada en diatriba, en la misma línea que anteriormente he calificado de falacia *ad populum*, recordándome que la CDPD «es el resultado de una negociación sin precedentes en la que las voces de todas las personas con discapacidad de todo el mundo y culturas no solo fueron escuchadas, sino que fueron intencionadamente buscadas e invitadas a sentarse a la mesa de Naciones Unidas a debatir y negociar un texto histórico», de donde salió un «acuerdo unánime» que yo confundo con «un aborregado “pensamiento único”, eso sí me parece, –dice Torres Costas– utilizando las palabras del propio autor, una radical falacia del insulto».

Antes de la CDPD ha habido otras. No sé si a Torres Costas la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y el proceso de negociación para llegar a la misma, le parecerá algo menor comparado con la CDPC, o la Convención de derechos del niño, por poner otro ejemplo. Con respecto a la unanimidad en torno al texto de la CDPD, insisto en que, como en diversas ocasiones he aclarado, nada en dicho texto impide una interpretación como la que yo defiendo, así que no sé exactamente a qué «acuerdo unánime» me opongo. Parece que mi dura reseñista imagina que estoy muy solo (contra el mundo y culturas), pero se equivoca. Suelen estar de acuerdo conmigo

los familiares que cuidan a las personas que sufren graves discapacidades de tipo mental y/o intelectual, así como funcionarios de primera línea en la asistencia social, representantes de asociaciones dedicadas hasta ahora a cuidar de estas personas ejerciendo tutelas o curatelas, juristas prácticos, algunos reputados juristas teóricos y, finalmente, también encontrará Torres Costas asociaciones de personas con discapacidad que discrepan del planteamiento dominante y rechazan la vinculación de la discapacidad a la noción de «diversidad funcional» en la línea de mis ideas. Ello no mejora mis argumentos, pero si se argumenta con tanta contundencia *ad populum*, al menos que se me permita decir algo sobre cuán (o no) extravagante es mi posición. En fin, cuando hablo de pensamiento único y del problema de lo políticamente correcto no me refiero al texto de la Convención, ni tampoco me refiero al contenido de ninguna de las opiniones radicalmente contrarias a las mías, me refiero a la actitud de quienes en lugar de contestar a los argumentos discrepantes se dedican a atacar a quienes los sostienen.

Fecha de recepción: 05.07.2021

Fecha de aceptación: 05.07.2021