

Rafael de Lorenzo García

Agustina Palacios

# Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI

*SUMARIO:* LOS MARCOS CONCEPTUALES: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. DATOS POBLACIONALES. III. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE DISCAPACIDAD. IV. BREVE REFERENCIA A LOS DIFERENTES MODELOS DE CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD. V. LOS ANHELOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PARTICIPACIÓN E IGUALDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA. HITOS Y RETOS ACTUALES DE PROTECCIÓN JURÍDICA: I. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONVENCIONAL: HACIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA PROMOVER Y PROTEGER LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. LA *NON NATA* CONSTITUCIÓN EUROPEA. III. LA BASE CONSTITUCIONAL, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO. V. LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA.

## LOS MARCOS CONCEPTUALES

### I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Al iniciarse estas páginas, es preciso reconocer la importancia que encierra el hecho de que la revista «Documentación Administrativa» incluya en este número monográfico sobre «El Derecho público de la acción social» al grupo desfavorecido de las personas con discapacidad.

Extensa sería la materia digna de relevancia y más extensa aún la riqueza de enfoques y vías de aproximación al complejo problema de la protección jurídica de las personas con discapacidad. Podríamos complementar este trabajo con un enfoque histórico pues nuestra historia social<sup>1</sup> arroja un sinnúmero de muestras a través de una larga trayectoria de políticas de protección social sobre las personas con discapacidad, a través de fundaciones y otras entidades de carácter religioso o laico y, muy especialmente, en las significativas iniciativas llevadas a cabo desde el siglo XIX hasta ahora. Muchos han sido los logros y avances conseguidos en nuestra historia reciente y especialmente en la etapa democrática de nuestro país, desde la promulgación de la Constitución de 1978 así como de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos.

Pero la opción que hemos tomado no se centrará en un análisis del contenido del artículo 49 de la Constitución, a pesar de su gran importancia como precedente único en el Derecho Constitucional comparado, ni, tampoco, en el rico y diverso desarrollo que de dicho precepto constitucional materializó en la LISMI, que, a pesar de estar ante un precepto legal ya antiguo, no cabe duda, mantiene con pujanza, aún, sus principios y largos efectos beneficiosos para este colectivo. Esta norma legal, tan básica y fundamental en esta materia, mereció un desarrollo reglamentario que sería extraordinariamente prolijo relatar en estas páginas, y que han permitido la implementación de políticas diversas de protección, especialmente, en materia de formación y empleo, educación, accesibilidad, etc.<sup>2</sup> Tampoco nos adentraremos en la descripción pormenorizada de las dife-

<sup>1</sup> VAQUER CABALLERÍA, M., *La Acción Social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 1994. PIMENTEL, M.; DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *La situación del empleo de las personas con discapacidad en España, propuestas para su reactivación*, Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 1998. ALZAGA VILLAAMIL, O.; DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *La administración de justicia y las personas con discapacidad*, Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 2000.

rentes líneas prestacionales que tan notorio avance han supuesto en las últimas dos décadas y que han arrojado innumerables frutos positivos en materia de inserción laboral como prestaciones económicas<sup>3</sup>, integración educativa y eliminación de barreras de todo tipo.

Consideramos que, en este momento, encierra un mayor interés la aproximación al conocimiento de las grandes cuestiones que implican hitos en la protección jurídica de las personas con discapacidad, tanto actuales como inmediatamente futuras, ya de ámbito nacional o de clara proyección internacional<sup>4</sup>. No sería, por otra parte, entendible este trabajo sin ubicarlo previamente en una serie de aspectos conceptuales sobre la discapacidad, la población con discapacidad, etc., para lo cual dedicaremos el primer bloque de esta colaboración con el ánimo de aportar los elementos básicos de conocimiento que permitan la mejor inteligibilidad de estas páginas.

En fin, queremos analizar con mayor detalle y profundidad aquellos logros normativos de gran trascendencia para la protección jurídica de este colectivo que, o bien ya están conseguidos, y por tanto en pleno vigor, o bien, se encuentran en un proceso de elaboración y debate de los que es esperable un resultado favorable en el medio plazo; y todo ello, tanto en un plano nacional como supranacional.

Podríamos citar diversos avances legislativos tan significativos como el del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, pero es preciso restringir el campo y centrar el foco de nuestra investigación en las de mayor alcance y relevancia.

Dos disposiciones dirigidas a conseguir una más efectiva aplicación del principio de igualdad y no discriminación son, por un lado, la transposición de la directiva europea en materia de no discriminación sobre el empleo y, sobre todo, la aprobación de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal. En este sentido, y dentro del plano nacional, el compromiso político y el enorme debate que se ha generado respecto de la necesidad de promulgar una nueva regulación sobre la protección por dependencia, ha abierto un nuevo y enor-

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.; DE LORENZO GARCÍA, R., y otros, *La protección de la Seguridad Social por Incapacidad Permanente*, Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 1999.

<sup>4</sup> MUÑOZ MACHADO, S., y DE LORENZO GARCÍA, R., *Código Europeo de las Minusvalías*, Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 1996. MUÑOZ MACHADO, S., y DE LORENZO GARCÍA, R., *Documento de Reflexión para la formulación de una política social en la Unión Europea en materia de minusvalías*, Colección Nova Europa. Fundación ONCE, Madrid, 1997. DE LORENZO GARCÍA, R., *La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional*. Artículo en la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, Diciembre 2001. PALACIOS, AGUSTINA, *Algunas notas sobre implementación de medidas de acción positiva de personas con discapacidad. Su tratamiento constitucional*. «Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad», Colección «Solidaridad» Fundación ONCE, Madrid, 2003.

me horizonte de esperanza a los anhelos y necesidades de los colectivos más desfavorecidos, especialmente personas mayores y con discapacidad grave y severa, que precisan de atenciones especiales de manera más sistemática, regulada, adecuadamente financiada y gestionada, y en fin como la puesta a disposición de un gran número de ciudadanos españoles de una nueva línea de protección que mejore y racionalice el conjunto disperso de prestaciones que han perseguido el objetivo común de la protección por dependencia.

Desde la perspectiva supranacional, consideramos que, por una parte, el proyecto *non nato* de Constitución Europea encierra una importancia capital para las políticas sociales y la protección de estos colectivos; y, por otra, el debate abierto en el seno de Naciones Unidas sobre la necesidad de una nueva convención de protección jurídica de las personas con discapacidad, merecen, en ambos casos, de un análisis detallado y una explicación de su potencialidad y trascendencia futura.

## II. DATOS POBLACIONALES

Existen en el mundo más de 600 millones de personas con discapacidad, esto significa aproximadamente cerca del 10% de la población mundial<sup>5</sup>. Cabe destacar que más de las dos terceras partes de estas personas viven en países en desarrollo y sólo el 2% de los niños con discapacidad tiene acceso a algún tipo de educación o rehabilitación<sup>6</sup>.

En el ámbito europeo, es posible afirmar que aproximadamente 38 millones de personas<sup>7</sup>, el 10 % de la población europea, presenta alguna discapacidad<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Nota de Prensa de la Organización Mundial de la Salud con motivo del Día Internacional de las personas con discapacidad del año 2000. Es necesario aclarar previamente que los datos estadísticos disponibles sobre el colectivo de personas con discapacidad son más exactos cuando se trata de países desarrollados, pero dejan de serlo cuando se analiza a nivel supranacional y de países en desarrollo que no cuentan con las debidas infraestructuras. En el año 1988 las Naciones Unidas crearon la *Base de Datos sobre Estadísticas de la discapacidad (DISTAT)*. De la recopilación del material encontrado —que muchas veces resultó muy escaso— se publicó en 1990 el *Compendio de Estadísticas de Discapacidad de Naciones Unidas*, que reúne información de 55 países. Véase: UN Disability Statistics Compendium, Department of International Economic and Social Affairs, Statistical Office, United Nation, New York, 1990.

<sup>6</sup> Cfr. QUINN, G., y DEGENER, T., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002.

<sup>7</sup> Datos correspondientes a la Unión Europea integrada por 15 Estados. En el nuevo territorio Europeo de 25 Estados las estimaciones elevarían los datos aproximadamente a más de 50.000.000 de personas.

<sup>8</sup> Cfr. CERMI, *Datos estadísticos sobre discapacidad en España, Europa y Comunidades Autónomas*.

En España, más de 3.500.000 personas padecen alguna discapacidad, lo que supone un 9% de la población total. De ellas —según datos suministrados por la última encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística— el 58% son mujeres<sup>9</sup>. Asimismo, la edad es otro de los factores determinantes del fenómeno de la discapacidad. Actualmente en España 2.072.652 personas mayores de 64 años sufren algún tipo de discapacidad, un 32,2% de la población de ese grupo de edad. En el grupo compuesto por personas entre 6 a 64 años, padecen discapacidades 1.405.992 personas, el 4,6% de las comprendidas en ese tramo de edad<sup>10</sup>.

En el Reino Unido, por citar un ejemplo, el Foro de Empleadores sobre Discapacidad —*Employer's Forum on Disability*— estima que existen en dicho país aproximadamente 8,7 millones de personas con discapacidad cubiertas por la Ley de Discriminación por Discapacidad de 1995 —*Disability Discrimination Act 1995*— (lo que equivale al 15 por ciento de la población). Cabe destacar que la Encuesta sobre la Fuerza de Trabajo para el Invierno 2001-2002 —*Labour Force Survey for Winter 2001-2002*—, estima que más de 6,9 millones de personas con discapacidad se encuentran en edad de trabajar, lo que representa aproximadamente un quinto de la población activa<sup>11</sup>.

### III. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Existe una realidad consistente en que determinadas personas sufren disminuciones en sus capacidades físicas, psíquicas y sensoriales que repercuten en sus oportunidades de desarrollar una vida ajustada a los estándares reconocidos. Dicha realidad ha recibido diversidad de denominacio-

---

nomas, p.2, según fuente EUROSTAT (Disponible en Internet: [www.cermi.es/documentos/especiales/AE2003/Datos-estadisticos-Espa%C3%B1a-Europa-CCAA.doc](http://www.cermi.es/documentos/especiales/AE2003/Datos-estadisticos-Espa%C3%B1a-Europa-CCAA.doc) 20-08-04).

<sup>9</sup> Cfr. JIMÉNEZ LARA, A., y HUETE GARCÍA, A., *Las discapacidades en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de la Salud de 1999* realizada por el INE, Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales. Los resultados de dicha encuesta informaron sobre la existencia de 3.528.221 personas con discapacidad en el año 1999. Para mayor información, véase GARCÍA DÍAZ, Nicolás (coord.), *La discapacidad en cifras*, IM-SERSO, Madrid, 2002.

<sup>10</sup> CERMI, *Datos estadísticos sobre discapacidad en España*, ob.cit., p. 1.

<sup>11</sup> Véase: MEAGER and HIBBERT, «*Disabled people in the labour market: findings from the DfEE baseline survey*», *Labour Market Trends* (septiembre de 1999); House of Commons Education and Employment Committee, *Opportunities for Disabled People* (1998-99, HC Paper 111); RNID, *Deafness, Employment and Discrimination* (2000, RNID); TWONEY, «*Disability and the labour market*», *Labour Market Trends* (Mayo 2001); GOLDSTONE, *Barriers to Employment for Disabled People* (2002, Department for Work and Pensions In-House Report N° 95).

nes que han ido respondiendo a un conjunto de circunstancias propias de cada etapa o coyuntura que, tras un cierto tiempo, son sustituidas y mejoradas por nuevas palabras que pretenden superar la carga negativa que las anteriores encerraban.

Partamos del hecho de que la expresión políticamente más correcta y de general aceptación, en este momento, es la de «personas con discapacidad», que se ha visto precedida durante los últimos treinta años de otros significantes de alcance y carga ahora discutidas.

En los años setenta el término inválido se sustituye por el de subnormal. Como consecuencia de la clasificación de la OMS se manejan términos como: deficiente, incapacitado o minusválido. Todos ellos, como se puede apreciar, contienen una carga peyorativa o de estigma que ahora resulta inaceptable pero que fue perfectamente entendida y asumida en su momento. Insólitamente, nuestra Constitución de 1978 utiliza el término «disminuidos» en su artículo 49, que no gozaba de precedentes y que no ha arraigado en nuestra terminología, siendo, probablemente, una mera traducción al castellano del término más usual en lengua catalana. De hecho, la Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos (LISMI) que desarrolló la Constitución en esta materia, implantó el término «minusválido» consagrando el concepto de fondo acuñado por la OMS.

En ámbito de la Seguridad Social se utilizan los términos de invalidez cuando se trata de cobertura no contributiva y de incapacidad cuando la cobertura es de carácter profesional o contributiva. En los años noventa se evoluciona hacia el término «discapacitado» que encierra una menor carga peyorativa en términos comparativos (minusválido = menos válido que...) imponiéndose, en estos últimos años, la expresión «personas con discapacidad» que sitúa el acento en la persona desplazando el factor discapacidad a un elemento cualificador de aquélla pero como un rasgo más de la misma.

No cabe duda alguna que esta innovación y adaptación del lenguaje a lo políticamente correcto es un aspecto positivo, aun en mayor medida, si recoge fielmente las actitudes subyacentes. Pero no debemos dejarnos deslumbrar exclusivamente por el lenguaje, sino que debemos estar muy atentos a los hechos y, por tanto, lo realmente significativo son las actitudes, las conductas, los comportamientos, las acciones directas que deben responder a una filosofía claramente a favor del respecto a las personas con discapacidad, a su integración y progreso; lo cual, si va acompañado de una tecnología adecuada, tanto mejor, pero, sólo con la presencia de ésta no sería suficiente ni admisible.

Es necesario aclarar que la definición de discapacidad es una cuestión que genera discrepancias, y que presenta variaciones según el modelo filo-

sófico en el que se base y según los contextos culturales dentro de las cuales se la define<sup>12</sup>.

Como resalta Mike OLIVER, el mundo social difiere del natural al menos en un aspecto fundamental: el ser humano asigna significado a los objetos en el mundo social y orienta su comportamiento hacia dichos objetos en los términos del significado que le ha asignado. En lo que concierne a la discapacidad, si la misma es vista como una tragedia, entonces las personas con discapacidad son tratadas como si fueran víctimas de algo trágico. Dicho tratamiento no solo se manifiesta en las interacciones cotidianas, sino que también se traslada a las políticas sociales, a través de las cuales se intenta compensar a aquellas víctimas por las tragedias que padecen. Por el contrario, si la discapacidad es definida como un problema social, las personas con discapacidad son vistas como un colectivo víctima de una sociedad *discapacitante* más que víctimas individuales de las circunstancias. Y de este modo, dicha visión es trasladada a las políticas sociales, tendientes a aliviar las barreras sociales y actitudinales más que a compensar a las personas de manera individual<sup>13</sup>.

Como se desarrollará a continuación, las visiones sobre el fenómeno de la discapacidad se han ido renovando en los últimos años, y ello ha generado efectos importantes en lo relativo a las definiciones conceptuales de la misma.

a) *La Unión de Discapacitados Físicos contra la Segregación —Union of Physically Impaired Against Segregation (UPIAS)—.*

En el Reino Unido, la Unión de Discapacitados Físicos contra la Segregación —*Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS según sus siglas en inglés)— elaboró en el año 1976 un manifiesto que contiene la afirmación de que la sociedad *discapacita* a las personas con deficiencias. Según el mismo, la discapacidad es algo que se coloca sobre las deficiencias por el modo en que las personas con discapacidad son innecesariamente aisladas y excluidas de una participación plena en la sociedad.

El análisis de la UPIAS es construido sobre la base de una clara distinción entre deficiencia y discapacidad. Es adoptada una definición de la

<sup>12</sup> Como consecuencia, resulta ser uno de los temas más engorrosos dentro del proceso de elaboración de una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que se está llevando a cabo en Naciones Unidas.

<sup>13</sup> Véase: OLIVER, MICHAEL, *The Politics of Disablement*, Macmillan Press, Hong Kong, 1990, pp. 2 y ss.

deficiencia física (que posteriormente fue extendida para incluir formas sensoriales y cognitivas), en contraste a una definición de discapacidad en términos socio-políticos, definida como ‘el resultado de una relación opresiva entre las personas con deficiencias y el resto de la sociedad».

Según el citado documento<sup>14</sup>:

— *Deficiencia* es la pérdida de todo o parte de un miembro, o tener un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo defectuoso.

— *Discapacidad* es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen deficiencias y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad.

Como se comentará más adelante, esta distinción tuvo importantísimas consecuencias, ya que permitió la construcción del denominado «modelo social» de discapacidad, en el que la causa de la misma es redireccionada. En el modelo médico la «discapacidad» es atribuida a una patología individual, mientras que el modelo social interpreta la misma como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder, más que del destino biológico ineludible.

## b) *La Organización Mundial de la Salud: Clasificaciones internacionales*

En el año 1980 la Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), definió y distinguió entre deficiencia, discapacidad y minusvalía<sup>15</sup>.

Según la citada Clasificación, por *deficiencia* se entiende cualquier pérdida o anomalía permanente o transitoria —psicológica, fisiológica o anatómica— de estructura o de función. Por *discapacidad* se entiende una restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para un ser humano. Finalmente, la *minusvalía* es la incapacidad que se traduce en una desventaja para una persona, en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que se es considerada común para esa persona según la edad, el sexo, y los factores sociales y culturales.

<sup>14</sup> Véase: «Union of the Physically Impaired Against Segregation», Documento disponible en el sitio *web*: <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/UPIAS.pdf>

<sup>15</sup> Propuesta con carácter experimental por la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, 1980. *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (Geneva: World Health Organization, 1980)



Cabe destacar que esta primera Clasificación Internacional encontró aprobación inmediata entre muchos científicos sociales, pero provocó considerables críticas provenientes de organizaciones de personas con discapacidad, por considerarse que la misma se mantenía cerca de las clasificaciones médicas de la enfermedad-discapacidad-minusvalía<sup>16</sup>. Ello debido a que se conserva la noción de deficiencia como anormalidad en una función, discapacidad como la incapacidad de realizar una actividad considerada normal para los seres humanos, y minusvalía como la incapacidad para desempeñar un rol social normal<sup>17</sup>. El mayor problema que presenta este primer esquema de la OMS es que, si bien admite que la discapacidad tiene dimensiones sociales, no considera que la misma surja como consecuencia de causas sociales; sino que tanto la discapacidad como la minusvalía serían consecuencia directa de la deficiencia.

Como consecuencia de las críticas mencionadas, y siguiendo nuevos paradigmas respecto de la consideración de la discapacidad, la Organización Mundial de la Salud ha adoptado en el año 2001 una nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF)<sup>18</sup>. La misma es una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) mencionada anteriormente. Su objetivo primordial es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados «relacionados con la salud»<sup>19</sup>. En esta nueva Clasificación, el término discapacidad engloba al de «deficiencia», «limitaciones en la actividad» (que tiene el mismo sentido que *discapacidad* en la CIDDDM) y «restricciones en la participación» (que en la CIDDDM se denominaba *minusvalía*).

La clasificación revisada define los componentes de la salud y algunos componentes «relacionados con la salud» del «bienestar» (tales como edu-

---

<sup>16</sup> Disabled People's International se ha opuesto al esquema de la OMS desde su inicio. Para mayor información, Véase: OLIVER, Mike, *ob. cit.*, p. 6.

<sup>17</sup> Como destaca OLIVER, *ob. cit.*, dicha reafirmación de la idea de normalidad ignora la cuestión relativa al significado real de la normalidad, pero aunque la idea de normalidad sea reconocida, la falta de reparo respecto de la relatividad situacional y cultural de la misma es una omisión seria en un esquema internacional. Véase: INGSTAD, Benedict, and REYNOLDS WHITE, Susan (ed.), *Disability and Culture*, University of California Press, United States of America, 1995. En esta obra los autores sostienen y defienden la tesis de que la discapacidad es una construcción cultural relativa, que varía según los contextos históricos y sociales.

<sup>18</sup> *International Classification of Functioning, Disability and Health* (Geneva: World Health Organization, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001.

<sup>19</sup> La CIF ha sido aceptada como una de las clasificaciones sociales de las Naciones Unidas e incorpora las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad.

cación, trabajo, etc.). El concepto de *funcionamiento* se puede considerar como un término global que hace referencia a todas las Funciones corporales, Actividades y Participación; de manera similar, la *discapacidad* engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Además, la CIF también enumera *factores ambientales* que interactúan con todos los demás factores.

De este modo, a diferencia de la primera Clasificación de la OMS, la CIF se encuentra basada en la integración de dos modelos aparentemente opuestos; esto es el modelo médico y el modelo social. Con el fin de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque «biopsicosocial». Por lo tanto, la CIF intenta conseguir una síntesis, y, así, proporcionar una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social.

### c) España: LISMI y LIONDAU

En España, la definición de discapacidad se encuentra prevista tanto en la Ley de Integración Social de Minusválidos<sup>20</sup> (LISMI) como en la recientemente sancionada Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal<sup>21</sup> (LIONDAU), que complementa a la anterior.

La LISMI establece en el artículo 7 de su Título II —sobre Titulares de los Derechos— lo siguiente:

«1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.»

El grado de minusvalía se encuentra fijado en el 33 por ciento<sup>22</sup>, contemplándose para su valoración la evaluación tanto de factores individua-

<sup>20</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE núm. 103 de 30-04-1982).

<sup>21</sup> Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 03-12-2003).

<sup>22</sup> Véase: Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece un sistema especial de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad (BOE de 27-02-1984). El instrumento en el que se prevé la determinación del grado de minusvalía —regulado por la Orden de 8 de marzo de 1984— es un baremo que contempla dos componentes: la deficiencia (disminución física, psíquica o sensorial) y los factores sociales (edad, entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural).

les —disminución física, psíquica o sensorial— como de factores sociales —edad, entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural—<sup>23</sup>.

La nueva LIONDAU establece en el apartado 2 del artículo 1 —sobre el Objeto de la Ley—:

«2. A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.»

Como puede observarse, la legislación española de 1982 acoge en su definición una ideología en la que prima el «modelo médico» de discapacidad<sup>24</sup>. Ello es comprensible debido a las fechas de elaboración de la ley, y por otro lado no quita mérito a la gran trascendencia y el importante avance que significó la misma en el reconocimiento y la garantía de derechos para las personas con discapacidad. La nueva ley de 2003, por otro lado, si bien no adopta una definición conceptual —sino que se limita a remitir el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a porcentajes y mecanismos reglamentarios descritos— acoge un modelo social y de derechos humanos en cuanto a la consideración de la discapacidad. Ello puede ser observado a lo largo de su articulado, como así también a través de los principios en los que se inspira<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Véase: Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE núm. 22 de 26-01-2000), de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. En el artículo 7 se fija el porcentaje mencionado y la forma de su valoración, que contempla la evaluación de factores individuales y sociales. Asimismo, Véase asimismo Real Decreto 1169/2003 de 12 de septiembre (BOE núm. 238 de 04-10-2003) por el que se modifica el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE núm.22 de 23-01-2000) en cuanto a la valoración del HIV.

<sup>24</sup> Aunque podría decirse que ello quedó de algún modo superado a partir del reconocimiento de los factores sociales en la valoración de la discapacidad, prevista en la reglamentación citada anteriormente.

<sup>25</sup> Estos son: vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. Véase Art. 2 Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad.

#### IV. BREVE REFERENCIA A LOS DIFERENTES MODELOS DE CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Existen diferentes paradigmas conceptuales para explicar y entender el fenómeno de la discapacidad. Esto puede ser expresado dentro de una dialéctica integrada por dos modelos aparentemente opuestos, pero que deberían ser integrados: el «modelo médico» *versus* el «modelo social».

##### a) *Modelo Médico*

El modelo médico propiamente dicho se materializa en forma clara a través de la normativa posterior a la Primera Guerra Mundial. En cuanto a las causas que dieron origen a su plasmación, éstas podrían ser definidas muy brevemente: la guerra y los accidentes laborales.

La atención sanitaria se considera la materia fundamental, y en el ámbito político, la respuesta principal es modificación y reforma de la política de atención a la salud<sup>26</sup>.

En definitiva, podría decirse que existen dos puntos fundamentales del modelo médico de la discapacidad que merecen ser destacados. En primer lugar, el mismo sitúa el «problema» de la discapacidad dentro del individuo; y en segundo lugar considera que las causas de dicho problema son el resultado de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que son asumidas como originadas por la deficiencia.

El modelo médico es criticado por diversas razones<sup>27</sup>. Pero básicamente —en cuanto a su justificación teórica— se sostiene que el éxito de la integración que se persigue puede depender de una variedad de estrategias de

<sup>26</sup> Véase: *Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud: CIF/ Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) , 2001.

<sup>27</sup> Véase: ABBERLEY, Paul, «Trabajo, Utopía y deficiencia» en la obra *Discapacidad y Sociedad*, L. BARTON (comp.), Morata S.L., Madrid, 1998; BARNES, Colin, *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Antidiscrimination Legislation*, Hurst and Company, London in association with the British Council of Organizations of Disabled People, United Kingdom, Third Edition, 2000; BARNES, Colin , «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental» en la obra *Discapacidad y Sociedad*, L. BARTON (comp.), Morata S.L., Madrid, 1998; MORRIS, Jenny (ed.), *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid, 1996; OLIVER, Mike, «Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?», en la obra *Discapacidad y Sociedad*, L. BARTON (comp.), Morata S.L., Madrid, 1998; SILVERS, Anita; WASSERMAN, David, and MAHOWALD, Mary B., *Disability, Difference, Discrimination. Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, United States of America, 1998.

asimilación, pero existe detrás de cada acción una perturbada ideología, a la que STICKER denomina: el *ideal social de la goma de borrar* —*the social ideal of erasure*—<sup>28</sup>. La promesa de restaurar a un individuo y darle una vida «normal» reafirma las nociones de anormalidad y normalidad. De este modo, la rehabilitación marca la aparición de una cultura que intenta completar el acto de identificación, generando lo idéntico.

## b) *Modelo Social*

El origen, el desarrollo y la articulación del modelo social de discapacidad se ha generado básicamente a través del rechazo a los fundamentos expuestos anteriormente. Esto no significa negar al problema de la discapacidad, sino situarlo dentro de la sociedad. Según los defensores del modelo social, no son las limitaciones individuales las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Es posible situar el nacimiento del modelo social —o al menos el momento en que emergen sus primeros síntomas— a finales de la década de los años sesenta o principios de la del setenta. Su situación geográfica: Estados Unidos e Inglaterra.

Como ha sido resaltado anteriormente, durante la mayor parte del siglo XX, en las sociedades occidentales la discapacidad implicaba una «tragedia personal» y un problema social o «una carga» para el resto de la sociedad. No obstante, desde finales de la década de los años sesenta, dicha consideración y práctica ortodoxa comienza a ser el blanco de campañas a través de Europa y Estados Unidos. Las personas con discapacidad —en particular aquellas que vivían en instituciones residenciales— tomaron la iniciativa de buscar cambios políticos<sup>29</sup>. De este modo, los activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como «ciudadanos de segunda clase». Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que —según alegaban— «discapacitaban» a las personas con deficiencias<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Véase STICKER, *ob. cit.*

<sup>29</sup> En este sentido, véase Colin BARNES and Geof MERCER, *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003, capítulo 1.

<sup>30</sup> En la misma época y por contraste —como relata Colin BARNES— la literatura acadé-

De este modo, en los países europeos la prioridad estratégica ha sido realzar la existencia de los sistemas patrocinados por el Estado de Bienestar para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad. Así, el Estado de bienestar es considerado esencial para superar los defectos percibidos de la provisión del mercado y las elevadas barreras experimentadas por las personas con discapacidad<sup>31</sup>.

Básicamente, el modelo social considera a la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social.

## V. LOS ANHELOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PARTICIPACIÓN E IGUALDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA

Cabría resumir los anhelos y aspiraciones<sup>32</sup> diciendo que lo que las personas con discapacidad desean es participación e igualdad.

Las personas con discapacidad reivindican el derecho igualitario de perseguir las oportunidades que la vida ofrece a cada individuo, prepararse para la participación por medio de la educación e integrarse en la sociedad a través del empleo. Desean implicarse activamente en la vida comunitaria, y formulan esta demanda siendo conscientes de que no se trata sólo de un derecho, sino que implica también la obligación cívica de contribuir, pues una ciudadanía igualitaria conlleva la responsabilidad de la contrapartida. Estas aspiraciones pueden resumirse en la noción de «integración en la vida ordinaria», que supone la plena participación e intervención de las personas con discapacidad en los procesos económicos, sociales, culturales y de cualquier otra naturaleza, en un marco de libertad de elección.

Esta perspectiva, que enfatiza la autodeterminación, la integración, la igualdad de trato y la valoración de la diversidad, implica situar la digni-

---

mica continuaba aceptando el punto de vista ortodoxo que consideraba a la discapacidad como una cuestión médica e individual. A pesar de que el género y la raza fueran desde 1980 reconocidos como causas características de opresión social, no sucedió lo mismo con la discapacidad.

<sup>31</sup> Si bien ambas iniciativas —la norteamericana y la europea— presentan diferencias relevantes, a los fines del presente trabajo solo merece destacarse que ambas han tenido importantes influencias a escala internacional.

<sup>32</sup> DE LORENZO GARCÍA, R., *El futuro de las personas con discapacidad en el Mundo. Desarrollo humano y discapacidad*. Informe al Club de Roma, Madrid 2003. DE LORENZO GARCÍA, R.: *The future of people with disability in the world. Human development and disability*. Report to the Club of Rome, Madrid, 2005.

dad, la autoestima y la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en el corazón mismo de los debates relevantes en relación con la discapacidad. Con esto el enfoque de tales debates se desplaza desde la persona hacia su entorno. En el plano de los valores sociales, esta nueva orientación se fundamenta sobre la idea de que la diversidad humana es un punto fuerte para toda sociedad, y que la política de abrir espacios a la diversidad, además de un imperativo ético, es un factor positivo para nuestras sociedades y productivo para nuestras economías.

Estos planteamientos están en el origen de la reivindicación de que todos los procesos de preparación para la participación (especialmente la educación y formación) estén abiertos a los niños y estudiantes discapacitados. Está forzando una reconsideración de la forma en la que los instrumentos que facilitan la participación en la vida común (especialmente el transporte y las comunicaciones) han excluido en el pasado a las personas con discapacidad, y cómo deberían abrirse a todos los ciudadanos. Está generando una nueva evaluación de las distintas barreras (físicas, actitudinales y de comunicación) que impiden la participación efectiva de las personas con discapacidad y hacen que se desaproveche la reserva de talento que encierran. Y ha hecho que el empleo, que es la forma fundamental de participación en nuestras sociedades, se haya convertido en un tema crucial.

La exclusión y la discriminación por razón de la discapacidad violan diversos derechos humanos universales, en particular el derecho a la igualdad. Además, la exclusión y la discriminación estructurales por motivo de discapacidad minan la competitividad de nuestros sistemas económicos y la cohesión de nuestros sistemas sociales. La sociedad en su conjunto se ve afectada cuando no se reconoce ni se facilita adecuadamente la expresión del talento y la realización del potencial que atesoran las personas con discapacidad.

Tradicionalmente, las respuestas políticas al fenómeno de la discapacidad han consistido esencialmente en medidas de compensación social canalizadas habitualmente a través de la beneficencia, un tratamiento que casi siempre implicaba la separación de la persona de su entorno habitual de vida y, en el mejor de los casos, el desarrollo de servicios de asistencia especializada, que, aunque bien intencionados, no han sido capaces de promover la integración de las personas con discapacidad en la vida comunitaria. Cada vez se reconoce de forma más general el carácter insostenible de esta situación. El motor de la evolución del pensamiento sobre la discapacidad ha sido el reconocimiento de que se puede valorar mejor la diversidad humana mediante la creación de procesos económicos y sociales inspirados en la igualdad de todos los ciudadanos y abiertos a

todos. El principio fundamental de la igualdad, entendido en este ámbito como igualdad de oportunidades, se considera en la actualidad como el punto de referencia obligado al cual deben remitirse las estructuras económicas y sociales y como el fundamento del planteamiento basado en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad, por último, no sólo desean ver atendidas sus reivindicaciones de participación e igualdad, sino que desean vivir en una sociedad inclusiva, solidaria y justa. Anhelan la desaparición del dualismo que está condenando a muchos seres humanos a quedar al margen del progreso, y reivindican un reparto más igualitario de la riqueza y de las oportunidades entre los distintos países y regiones. Saben que sólo en una sociedad decente y respetuosa con la dignidad y con los derechos de todos podrán ver satisfechos sus anhelos, y están dispuestos a contribuir a la construcción de esa sociedad, poniendo al servicio de todos los que, como ellos, se han sentido o se sienten discriminados, el valor de su experiencia, el fermento transformador de sus esperanzas y la fuerza, serena y firme, de su voluntad y de sus razones.



## HITOS Y RETOS ACTUALES DE PROTECCIÓN JURÍDICA

### I. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONVENCIONAL: HACIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA PROMOVER Y PROTEGER LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como se ha adelantado, resulta ineludible mencionar que en la actualidad se está viviendo en Naciones Unidas el proceso de elaboración de una Convención específica sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La primera vez que se planteó seriamente la posibilidad de elaborar una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue en el año 1987, en una Reunión de Expertos encargados de examinar la aplicación del Programa de Acción Mundial. De hecho, el primer esbozo de Convención fue presentado a la Asamblea General por Italia. Luego también Suecia hizo un nuevo intento pero ninguno de los dos países tuvo éxito. Esto fue así hasta que el presidente de México, en el transcurso del Debate General correspondiente a la Sesión Nro. 56 de la Asamblea General, propuso el establecimiento de un «Comité Especial», a los fines de analizar la posible elaboración de una Convención específica sobre discapacidad<sup>33</sup>. La idea fue apoyada por muchas ONGs internacionales y nacionales dedicadas a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Dicho Comité Especial se encuentra abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas y trabaja sobre la base de un enfoque holístico en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social<sup>34</sup>.

Participan como partes en el proceso de elaboración de esta Convención —entre otras—:

<sup>33</sup> Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

<sup>34</sup> Con posterioridad a la Resolución 56/168, la Comisión de Desarrollo Social adoptó con fecha 21/2/02 una Resolución en el mismo sentido que la que se está evaluando y la Comisión de Derechos Humanos, con fecha 26/4/02, la Resolución 2002/61.

1. Los Estados, en los cuales descansa la última responsabilidad en cuanto al cumplimiento y posibilidades de ejercicio real de los derechos humanos.

2. Los órganos y organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas, siendo los más relevantes en lo que respecta a la normativización de esta nueva Convención:

- la Comisión de Derechos Humanos;
- la Comisión de Desarrollo Social, y dentro de su ámbito, el Relator Especial sobre Discapacidad.

3. las organizaciones no gubernamentales (ONGs)<sup>35</sup>.

El Comité Especial celebró siete reuniones<sup>36</sup>. Dichas reuniones dieron como fruto un primer Borrador de Convención, una serie de documentos y propuestas de modificaciones y, finalmente, una Propuesta de Borrador de su Presidente<sup>37</sup>, del que pueden deducirse ciertas aproximaciones, aunque sin perder de vista el hecho de que el mismo no es definitivo en ninguno de sus aspectos. No obstante, cabe destacar a continuación las siguientes cuestiones principales sobre las que podrá decirse que existe cierto consenso:

— En cuanto al tipo de Convención a la cual se aspira, actualmente prevalece la opinión de que la tarea fundamental debe ser *adaptar* las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad. Esto significa que más allá de reiterar el reconocimiento de derechos que ya establecen esos Pactos, deben implementarse los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad. Esa adaptación debería estar

<sup>35</sup> Las ONGs acreditadas son: Center for Internacional Rehabilitation, Foro Europeo de la discapacidad, Instituto Interamericano de Discapacidad, Red de supervivientes de las minas terrestres, Venture House, Mental Disability Rights Internacional, Asociación civil contra la discriminación, Comité de Coordinación de Comunicaciones para las Naciones Unidas, IUS Gentium Conimbrigae Institute-Centro de derechos humanos. La información que aportan las ONGs a los mecanismos de protección de derechos humanos a nivel internacional es fundamental. Ello porque —entre otras tareas— efectúan una labor de publicidad y educación en derechos humanos; desarrollan tareas de «lobby», que han hecho posible la existencia de procedimientos de monitoreo diversos y presionan de manera efectiva a sus gobiernos respectivos, a fin de que cumplan los compromisos asumidos a través de instrumentos jurídicos internacionales.

<sup>36</sup> La primera se celebró en agosto del año 2002, y la última a principios de 2006.

<sup>37</sup> Véase Propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chaiman's Text, 07/10/2005, en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/chairtext.DOC>

informada por la necesidad de garantizar la igualdad de derechos y de oportunidades para todos, sin discriminación.

— La nueva Convención abarcaría colectivamente a las personas con discapacidad física psíquica y sensorial. Es decir, que constituiría un instrumento dirigido a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en general.

— En cuanto a su estructura, la propuesta de Convención hasta el momento se compone de un Preámbulo, treinta y cuatro artículos, y disposiciones finales. En el artículo 1 se establecen los propósitos, en el 2 las definiciones, en el tres los principios generales y en el 4 las obligaciones generales. El artículo 5 se centra en la igualdad y no discriminación. Se prevé, asimismo, en los artículos 6 y 7 la situación de mujeres y niños con discapacidad. El artículo 8 se centra en una serie de medidas tendentes a la creación de conciencia respecto de la situación de las personas con discapacidad y a combatir estereotipos y prejuicios. El artículo 9 prevé medidas destinadas a que los Estados Parte aseguren la accesibilidad a las personas con discapacidad en diferentes ámbitos. Los artículos 10 y 11 abarcan el derecho a la vida y las situaciones de riesgo, respectivamente. El artículo 12 reafirma el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley. El artículo 13 abarca la igualdad en el acceso a la justicia, y el 14 en cuanto a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad. El 15 aborda la prohibición de no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, para lo cual los Estados partes deberán prohibir y proteger a las personas con discapacidad de la experimentación médica o científica sin previo consentimiento libre e informado. Lo mismo en relación a la protección contra la explotación, violencia y abuso se prevé en el artículo 16. El artículo 17 protege la integridad de la persona con discapacidad. El 18 la libertad de movimiento, y el 19 la vida independiente y el derecho a ser incluidas en la comunidad. En relación con el anterior, el artículo 20 se centra en la movilidad personal. El artículo 21 alude a ciertas medidas a ser adoptadas para garantizar a las personas con discapacidad la libertad de expresión y opinión, y el acceso a la información. Los artículos 22 y 23 protegen la privacidad, y el hogar y la familia, respectivamente. En cuanto a la educación, el artículo 24 prevé la adopción de medidas a los fines de garantizar dicho derecho en igualdad de condiciones. Igual tratamiento se persigue con respecto a la salud en el artículo 25. El artículo 26 alude a la habilitación y rehabilitación. Y el artículo 27 dispone la adopción por los Estados Parte de medidas tendentes a asegurar a las personas con discapacidad el acceso al trabajo en igualdad de condiciones que el resto. Similares medidas se prevén en el artículo 28 respecto de lo que atañe a un nivel de vida adecuado y a la

protección social. La participación a la vida política y pública está prevista en el artículo 29, y la participación en la vida cultural, recreación, ocio y deportes en el artículo 30. Finalmente, en la Parte II de la propuesta se prevé las estadísticas y recolección de datos —en el artículo 31—; la cooperación internacional —artículo 32—; la implementación nacional y seguimiento —artículo 33—, y el control —artículo 34—<sup>38</sup>.

— De su lectura puede, sin duda, afirmarse que la Convención asumiría un modelo social de discapacidad, desde la consideración del fenómeno como una cuestión de derechos humanos. Como se ha mencionado, entre otras cuestiones, la propuesta de Borrador contiene un artículo específico que integra el derecho al disfrute de una vida independiente y a ser incluido en la comunidad. Así, el artículo 19 establece que los Estados Parte deberán adoptar las medidas efectivas y apropiadas para facilitar que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de su libertad de elección, de una vida independiente y de la plena inclusión y participación en la comunidad, que incluya asegurarles en un pie de igualdad con los demás, la oportunidad de elegir su lugar de residencia, como así también dónde y con quién quieren vivir. Por otro lado, se establece la obligación de adoptar medidas a los fines de que las personas con discapacidad tengan acceso a una gama de servicios de apoyo, incluyendo la asistencia personal necesaria para apoyar la vida y la inclusión en la comunidad y para prevenir la segregación de la comunidad<sup>39</sup>.

— En lo relativo a los principios en los que se basa, la Convención contendría los siguientes<sup>40</sup>: dignidad, vida independiente, no discriminación, la participación e inclusión efectivas y plenas de las personas con discapacidad en la sociedad en pie de igualdad con los demás, el respeto a la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la humanidad; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; y la igualdad entre hombres y mujeres.

— En lo que atañe al empleo, el proyecto de Convención —en su artículo relativo al «trabajo y empleo»—<sup>41</sup>, establece la obligación por parte de los Estados de reconocer el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en pie de igualdad con los demás; incluyendo el derecho

---

<sup>38</sup> Para una información detallada, ver la Propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chaiman's Text, 07/10/2005. Se aclara que la versión original al momento sólo se encuentra disponible en inglés, y que la traducción nos pertenece.

<sup>39</sup> Cfr. Propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chaiman's Text, 07/10/2005, artículo 19.

<sup>40</sup> Idem, artículo 3.

<sup>41</sup> Idem, artículo 27.

a la oportunidad para ganarse la vida a través de un trabajo elegido o aceptado libremente en un mercado y ambiente laboral que sea abierto, inclusivo y accesible para todos. Asimismo, la Convención establece la obligación de realizar ajustes razonables. Por otro lado, se prevé la adopción de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad.

— En lo relativo a la educación, algunos expertos consideran que, debido a las necesidades específicas de ciertas personas con discapacidad, se deben mantener determinados espacios educativos especiales, mientras que otros defienden el sistema inclusivo a secas. Hasta el momento, prevalece la opinión de poner atención en las ventajas del sistema inclusivo, pero manteniendo algunos espacios educativos especiales. De este modo, el artículo 24 de la propuesta de Borrador comentada establece que los Estados Parte deberán asegurar la educación inclusiva de las personas con discapacidad en todos los niveles. A dicho fin, se establece la obligación por parte de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad no sean excluidas del sistema de educación general sobre la base de su discapacidad, y que los niños con discapacidad no sean excluidos de la educación primaria y secundaria gratuita y obligatoria sobre la base de sus discapacidades. Para ello, se destaca que las personas con discapacidad deben tener acceso, en la medida de lo posible, a una educación inclusiva, de calidad, y gratuita primaria y secundaria, en las comunidades en donde viven. Asimismo, se alude a la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito educativo. Por otro lado, entre otras obligaciones, se impone a los Estados Parte la adopción de las medidas apropiadas para asegurar la educación de calidad a educandos con discapacidades sensoriales a través del empleo de maestros que sean fluidos con el lenguaje de señas o Braille, incluyendo a maestros con discapacidad<sup>42</sup>.

Es importante destacar que probablemente la elaboración de este Convención conllevará un tiempo que puede resultar más o menos prolongado. Por ello, y sin restar la importancia que merece este proceso, no debe perderse de vista un factor clave que refuerza la hipótesis a la que se aludió con anterioridad: la Convención debe constituir una estrategia más, una herramienta entre otras, a los efectos de la promoción y defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Este nuevo instrumento viene a completar con su enorme valía, pero no deberá ser considerado un reemplazo de la supervisión de los derechos de las personas con discapacidad que llevan a cabo los organismos de supervisión establecidos en el marco de los seis tratados básicos de los derechos humanos mencionados anteriormente.

<sup>42</sup> Idem, artículo 24.

## II. LA *NON NATA* CONSTITUCIÓN EUROPEA

Es preciso al iniciar este tema relatar muy sucintamente los principales hechos del proceso de elaboración de la Constitución Europea:

- El proceso se inició en el Consejo Europeo de Niza que abrió un profundo debate sobre el futuro de la Unión, acordando la convocatoria de una conferencia intergubernamental.
- El Consejo Europeo de Laeken recogió el testigo de Niza, formuló una nueva declaración sobre el futuro de Europa y acordó la realización de una Convención para debatir la cuestión.
- La Convención Europea (28-2-2002/18-7-2003) desarrolló la tarea de elaborar el proyecto de tratado por el que se establece una Constitución para Europa, entregando el texto en esa última fecha al Presidente de turno del Consejo.
- La Conferencia Intergubernamental arrancó el 4 de octubre de 2003 y concluyó con un acuerdo de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno el 18 de junio de 2004, firmándose el acta final el 12 de octubre y procediéndose a la firma solemne de la constitución el 29 de octubre de ese mismo año en Roma, dándose paso a la fase de ratificación por parte de los Estados miembros.
- La situación actual es de bloqueo debido al rechazo del texto constitucional en los *referenda* de Francia y Holanda y a una crisis generalizada en el seno de la Unión, sin que se sepa, con algún grado de certeza, cómo se producirá el desbloqueo, su ritmo y resultado final.

Han sido crecientes las voces, procedentes de tendencias políticas muy diversas, que se han mostrado en contra de la misma y han abogado por que los ciudadanos voten en contra en los referendos que algunos países, entre ellos España, han convocado y ya celebrados.

En algunos casos ese rechazo está basado en el argumento de que el nuevo texto constitucional no contempla adecuadamente los aspectos sociales y de que alguna manera consagra un modelo puramente capitalista.

Con el presente trabajo pretendemos analizar la Constitución Europea desde la perspectiva social, describiendo sus puntos fuertes y débiles. Concluiremos con un apartado en el que explicaremos por qué creemos que, aunque es obvio que el texto, como cualquier otra iniciativa legislativa, podría ser ampliamente mejorado desde la perspectiva social, tenemos la convicción de que ofrece un marco jurídico y político más favorable para la construcción de una Europa más social en la que la sociedad

civil<sup>43</sup> en general y, por ende, las ONGs sociales, van a tener un mayor protagonismo en la toma de decisiones.

El texto aprobado por la Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno, incorpora como dato más significativo, la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en Niza en diciembre de 2000, dotándola de esta forma de carácter jurídico vinculante y constitucional. Esto supone que aquellas disposiciones que proclamen la igualdad de oportunidades, o prohíban la discriminación (artículo II-86)<sup>44</sup> puedan ser invocadas frente a las instituciones europeas, los Estados miembros y frente a los particulares cuando se conculquen los derechos de las personas discapacitadas [efecto directo, vertical y horizontal, Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, asunto DEFRENNE].

Conviven en el proyecto constitucional dos preceptos básicos para lograr la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas: el artículo III-124 y el II-86, con un vínculo muy estrecho con la protección y el respeto de los derechos fundamentales. El primero de ellos confiere a la Unión competencias legislativas para combatir la discriminación (actual artículo 13 del Tratado CE), mientras que el recogido en la Carta de derechos fundamentales prohíbe, de manera directa las formas de discriminación establecidas en el mismo, con efecto directo.

La intervención comunitaria en este ámbito ha dado sus frutos hasta la fecha, con la adopción, entre otras, de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo; y ello, a pesar de seguir manteniéndose el requisito de la unanimidad en el Consejo para la adopción de medidas legislativas de lucha contra la discriminación. Cuestión ésta que, al igual que consideró la Comisión en su Informe sobre el proyecto constitucional, debería modificarse con un paso «inmediato a la mayoría cualificada».

La política e iniciativas comunitarias en materia de protección y no discriminación de las personas discapacitadas resultan fundamentales para impulsar la adopción de medidas nacionales en la materia, apoyando y complementando la acción de los Estados miembros. Y de su reconocimiento final en la futura Constitución Europea, dependen en gran medida cuestiones como la integración de las personas discapacitadas en la vida económica y social, o aspectos como la mejora del entorno de trabajo.

Resaltamos, seguidamente, los ocho aspectos más significativos desde el punto de vista social, contenidos en el texto analizado.

<sup>43</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Las dimensiones y la significación de la revolución asociativa de finales del siglo XX*. «Las Estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes». Escuela Libre Editorial, Madrid, 2002.

<sup>44</sup> NOTA: En la Constitución Europea los artículos se citan con número romano delante del ordinal.

## LA NUEVA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL

a) *Un funcionamiento institucional más eficaz y democrático*

El nuevo Tratado<sup>45</sup> contribuye sin duda a simplificar y mejorar la eficacia en la toma de decisiones de la Unión, a la vez de hacerlo más democrático. Por un lado, el Parlamento Europeo, que es al final la única institución comunitaria directamente elegida por los ciudadanos, incrementa sensiblemente sus poderes. Por otro lado, la toma de decisiones en el seno del Consejo se hace más transparente y democrática, al establecer una mayor proporcionalidad entre los votos de cada país y su población, estableciendo algunas salvaguardias para evitar «que los países grandes se puedan comer a los países chicos.» Además se extiende el sistema de mayoría cualificada a nuevas áreas, principalmente a las políticas de asilo e inmigración, así como a la cooperación judicial. Sin embargo, los británicos se salieron con la suya y la regla de la unanimidad continuará siendo aplicada a la política social (también a la fiscalidad y a la cooperación en materia penal).

b) *Mayor protagonismo del Parlamento Europeo*

Otro aspecto que contribuye a hacer más democrático el funcionamiento de la Unión es el aumento de poder experimentado por el Parlamento Europeo (única institución elegida directamente por los ciudadanos), que pasa a ser colegislador en el doble de materias de las que lo era anteriormente, entre ellas la agricultura y la pesca, que suponen alrededor del 40% del presupuesto comunitario.

c) *Refuerzo del principio de subsidiariedad*

El principio de subsidiariedad, según el cual las decisiones han de ser tomadas en el nivel más cercano posible al ciudadano, en el sentido de que todo lo que cada uno pueda realizar por sí mismo y con sus propias fuerzas no debe ser transferido a otro nivel, lo que implica que todas aquellas funciones o competencias que puedan ser desarrolladas de mejor manera a nivel nacional (o incluso regional o local) no deben ser asumidas por la UE.

<sup>45</sup> CABRA DE LUNA, M. A., *Minorías en la Unión*. Texto de Conferencia en el Curso de Verano del Escorial sobre «Democracia y Constitución Europea», organizado por la Universidad Complutense, en El Escorial, 12 de julio de 2005.



Quizás convenga recordar que el principio de subsidiariedad es un principio de carácter social importante, como lo demuestra que ya el Papa Pío XI, lo recogiese en su encíclica «*Quadragesimo Anno*» (al igual que lo hizo más recientemente Juan Pablo II, en su encíclica «*Centessimus Annus*»), definiéndolo como aquel principio según el cual «una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común». Esto quiere decir que en la escala social, cada organismo debe respetar la autonomía del organismo inferior. Es preferible que actúe la estructura inferior, que es la que conoce mejor la situación y es más cercana a los ciudadanos.

Pues bien, la nueva Constitución propone la adaptación del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE) añadido en el Tratado de Ámsterdam.

La principal innovación aportada hace referencia a la creación de un mecanismo de control de la aplicación del principio de subsidiariedad que involucra directamente y por primera vez a los parlamentos nacionales. Éstos podrían alertar públicamente a las instituciones europeas, pero también a su propio gobierno, ante cualquier propuesta que les parezca contraria al principio de subsidiariedad.

#### d) *Constitucionalización de la Carta de Derechos Fundamentales*

Desde un punto de vista estrictamente social, la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales (que había sido aprobada en Niza en el año 2000) al Tratado Constitucional, pasando así a ser jurídicamente vinculante, es quizás uno de los avances más importantes si no el que más. La misma incluye un amplio catálogo de derechos (sensiblemente más amplio que por ejemplo el incluido en la Constitución Española), todos ellos ya contemplados en diversos Convenios e instrumentos legislativos, pero a los que otorga rango constitucional. En lo que respecta a la discapacidad, prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad en su artículo II-81, mientras que en el artículo II-86 reconoce «el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

La Carta busca llenar un vacío; pero este vacío no proviene de la falta de protección de los derechos fundamentales en los diferentes Estados

miembros, que, por otro lado, con la excepción del Reino Unido, tienen todos una constitución y todos forman parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El vacío se da en el seno de la Unión: lo que pretende la Carta es proteger los derechos fundamentales en el plano de la Unión Europea, es decir, imponer a las instituciones de la Unión Europea, cuando legislan y actúan, el respeto a los derechos fundamentales, tal como quedan definidos en la Carta. La Carta no tiene como objetivo obligar en ningún caso a los Estados miembros a modificar sus legislaciones nacionales.

Como nota negativa hay que señalar que en la Cumbre de Bruselas, que fue en la que se llegó al acuerdo sobre el texto constitucional, el Reino Unido impuso la inclusión de un séptimo apartado al artículo II-112 con el fin de que los tribunales europeos deban tener en cuenta las explicaciones incluidas en anexo, lo que en términos prácticos significará que los derechos reconocidos en la Carta no podrán servir como justificación para cambiar las leyes laborales británicas, que son las más liberales del continente.

e) *No discriminación como un principio horizontal*

Aparte de prohibir todo tipo de discriminación en el artículo II-81 (como consecuencia de la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales), finalmente, y pese a los temores de la Plataforma Europea de ONG Sociales, que le llevó a publicar un comunicado unos días antes de la cumbre de Bruselas, se mantiene el artículo III-118 que establece que al definir y aplicar todas sus políticas, la Unión debe combatir la discriminación por razones de sexo, de raza, origen étnico o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Esta cláusula tiene indudablemente una gran importancia por su carácter horizontal, y convierte la lucha contra la discriminación en uno de los objetivos horizontales de la Unión.

f) *Promoción de la igualdad de género como un objetivo horizontal*

Por su parte, en la Parte III de la Constitución dedicada a «las políticas y el funcionamiento de la Unión», el artículo III-116 establece que «en todas las acciones contempladas en la presente Parte, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

g) *La Cohesión social también como una cláusula horizontal*

El artículo III-117 consagra también el carácter horizontal de la cohesión social al establecer que «al definir y ejecutar las políticas y acciones contempladas en la presente parte, la Unión tendrá en cuenta los aspectos ligados a la promoción de un alto nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, y un alto nivel de educación, formación y protección de la salud».

h) *Inclusión del principio de democracia participativa*

Otro de los avances por los que luchó con éxito tanto la sociedad civil en general, como las ONG sociales en particular, y que debe ser valorado muy positivamente, es el de la consideración de la UE como una democracia participativa, tal como establecido en el artículo I-47.

Este nuevo artículo garantiza a la sociedad civil el derecho a ser consultada y a tener un mayor protagonismo en el proceso de toma de decisiones comunitario, protagonismo que por ejemplo no está consagrado al mismo nivel en la Constitución española. Además la ejecución del derecho de iniciativa es mucho menos oneroso que en la mayoría de los Estados miembros. Así, mientras que la Constitución española en su artículo 87 exige para el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa por parte de los ciudadanos «no menos de 500.000 firmas acreditadas» (de los 40 millones de españoles), la Constitución Europea lo permite con solamente un millón (de los 450 que viven en la Unión ampliada).

#### CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Como resultado de este análisis, en nuestra opinión, la conclusión es clara: no se puede negar que el texto constitucional es mejorable desde la perspectiva social; sin embargo, también es innegable que supone un paso importante y positivo en el proceso de integración europea y en la creación de una Europa más social, en el sentido de que profundiza y mejora el marco jurídico y político existente hasta estos momentos.

Es cierto que quizás podría haber dado pasos más decididos, como podría ser la eliminación de la regla de la unanimidad en la política social, pero aunque existía un cierto consenso en ese sentido, la cabezonería británica lo evitó. También podría haber ido más lejos y otorgar mayores poderes al Parlamento Europeo en determinados casos en los que hasta

ahora ha venido jugando un mero papel consultivo (protección social y seguridad social, consulta de los trabajadores, etc.), lo que finalmente no ha hecho.

Otro argumento utilizado por algunos es que el texto debería desarrollar en mayor medida los principios sociales que incluye. Sin embargo, esa argumentación obvia el hecho de que el papel de una Constitución es ofrecer un marco jurídico e institucional que permita la evolución política y social de Europa de acuerdo con unas reglas y principios generales consensuados. Más aún si tenemos en cuenta que la UE no es, al menos por el momento, un Estado, ni siquiera federal, y que por tanto debe respetar la autonomía y soberanía de los Estados miembros que la componen. En este sentido, no hay que olvidar que las competencias de la UE en materia social se limitan a «apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros» (artículo III-210), ya que de acuerdo con el principio de subsidiariedad la política social es competencia del Estado, y, en el caso de nuestro país, de las Comunidades Autónomas.

### III. LA BASE CONSTITUCIONAL, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

#### 1. EL MANDATO CONSTITUCIONAL A LOS PODERES PÚBLICOS (ARTS. 9.2, 10, 14 Y 49 CE)

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre<sup>46</sup>, menciona en su Preámbulo los mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos que, de una u otra forma, establecen como objetivo prioritario el mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y, en particular, de las personas con algún tipo de discapacidad, de manera que participen en condiciones de igualdad en la vida económica, social y cultural de nuestro país:

<sup>46</sup> CABRA DE LUNA, M. A., *Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 50 (número extraordinario sobre 2003 Año Europeo de Personas con Discapacidad), Madrid, abril, 2004. CABRA DE LUNA, M.A.: *La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad: Ley 51/2003, de 2 de diciembre y Transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, en Libro sobre Jornadas «Revisión de los Procedimientos relativos a la Incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid - 8 y 9 de marzo de 2004», Fundación Aequitas: Colección La Llave, núm. 3, Madrid, noviembre 2004.

«La Constitución Española, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como, el artículo 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos».

Efectivamente, el artículo 9.2 CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Por otra parte, el artículo 14 CE fundamenta la intervención del Estado en favor de las personas discapacitadas, garantizando la igualdad formal y la no discriminación de este colectivo: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Y, el artículo 49 de la Constitución obliga, en fin, a los poderes públicos, a realizar una política de integración social de los ciudadanos con discapacidad «para el disfrute de los derechos que éste título otorga a todos los ciudadanos».

Dichos derechos y libertades constituyen el fundamento de la actuación de los poderes públicos en la materia, mediante la promulgación de esta Ley que, sin derogar la LISMI, sirve «de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad».

El artículo 1.1 vuelve a incidir en estos preceptos constitucionales: «Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución».

El principio de igualdad, proclamado desde el artículo 1.1 de la Constitución, se traduce, según ha entendido el Tribunal Constitucional no sólo en la igualdad de «carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la

generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo, en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva». [STC 216/1991].

El reconocimiento de la igualdad de oportunidades y no discriminación de un determinado colectivo, según el Tribunal Constitucional, no ha de detenerse en ese reconocimiento, sino que además, pasa por el establecimiento de medidas, incluidas la discriminación positiva [STC 3/1993, de 14 de enero] que faciliten la plena integración de las personas que se han encontrado en una situación jurídica de inferioridad histórica.

En estos términos establece el párrafo segundo del artículo 1.1 de la LIONDAU que «...se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social».

Son también «derechos constitucionales» los proclamados en el Capítulo III del Título I de la Constitución española; entre otros, los contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (seguridad social), 48 (juventud), 49 (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (tercera edad) de la Constitución.

Dichos preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, mandando a los poderes públicos instrumentar políticas adecuadas. El cumplimiento de estos deberes constitucionales se podrá instrumentar, desde luego, con las políticas de protección social pero también, con otras políticas como la fiscal, la de vivienda, la educativa o la cultural, por ejemplo. Y esta especial protección de los derechos constitucionales de dichos colectivos podrá empezar por la regulación de las condiciones básicas de su igualdad (igualdad sustancial, en términos de su efectiva equiparación a los restantes titulares de los mismos) en el ejercicio de tales derechos.

Por consiguiente, la aprobación una Ley estatal como la que nos ocupa se encuentra suficientemente legitimada por los artículos 1, 14 y 9.2 de la Constitución, y por el artículo 49, que establecen la obligación de los poderes públicos de satisfacer una serie de prestaciones mínimas, completados todos ellos por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como por la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen

la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

Precisamente es en el artículo 149.1.1 CE donde, fundamentalmente, encuentra su legitimidad la Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [disposición final decimocuarta].

## 2. CONTENIDO DE LA LEY Y ADECUACIÓN AL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA.

La Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal se dicta al amparo de la competencia del art. 149.1.1<sup>a</sup> que acabamos de analizar; así como del artículo 149.1.6<sup>a</sup> por lo que se refiere a las medidas de defensa (competencia exclusiva del Estado en materia procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas).

Una primera lectura de la Ley permite afirmar que la misma respeta el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, haciendo un uso comedido, y en los términos establecidos por la doctrina constitucional, del artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE.

En efecto, ya en el Preámbulo (apartado II), se indica que en el Capítulo I se recogen meras disposiciones generales «que se refieren a su objeto, quiénes son los titulares de los derechos y los principios que la inspiran, deteniéndose en la definición de una serie de conceptos cuya explicación resulta imprescindible en aras de garantizar una adecuada interpretación de la ley y de salvaguardar el principio de seguridad jurídica»; así como los «ámbitos en los que son aplicables las medidas de garantía».

Aspectos, todos ellos, que se ajustan plenamente al concepto y objeto de «condiciones básicas» establecido por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, las medidas establecidas en el Capítulo II para garantizar la efectividad de los derechos de las personas discapacitadas, «se tipifican, sin desarrollar su alcance», estableciendo grandes categorías que deberán ser objeto de posterior desarrollo.

Si bien se autoriza al Gobierno en las disposiciones finales para el desarrollo básico de esas medidas, ello no supone, *per se*, que se vaya a invadir competencia autonómica alguna.

Finalmente, el Capítulo III, en el que se incluyen una serie de medidas generales, de fomento y defensa, contemplan el establecimiento de fondos para «el desarrollo conjunto con otras Administraciones de proyec-

tos innovadores». Esto es, teniendo en cuenta la importancia y el ámbito competencial autonómico.

El articulado de esta Ley respeta en lo fundamental la naturaleza de lo que debe entenderse por «condiciones básicas»: facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, objeto, ámbito material, requisitos mínimos, marco organizativo para el ejercicio de esos derechos, etc.

### 3. ALCANCE DE LA LEY

Para lograr la equiparación real de las personas con discapacidad, no cabe duda de que el derecho a recibir apoyo y asistencia, desarrollado en la LISMI, debía ser complementado con el derecho a la igualdad de oportunidades y a no ser discriminado, eliminando los obstáculos que impiden que hoy día este colectivo pueda ejercer de manera efectiva los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Así lo entendió, igualmente, la Comisión Europea en su Comunicación «Construir una Europa que fomente la integración» [COM(2000)79 final, de 1 de marzo] en la que se afirma que «el desafío no consiste tan sólo en mejorar la asistencia proporcionada a las personas excluidas (o expuestas al riesgo de exclusión), sino también en actuar para eliminar las barreras estructurales que dificultan la integración social». O, más concretamente, por lo que se refiere a las personas discapacitadas, en la Comunicación sobre la Propuesta de Decisión del Consejo sobre el Año europeo de las personas con discapacidad —2003 [COM(2001)271 final, de 29 de mayo]—:

«Si queremos que la igualdad de oportunidades se convierta en una realidad para las personas con discapacidad, es precisa una estrategia en varios frentes que incluya, entre otros aspectos, la lucha contra la discriminación, la potenciación de la vida autónoma, la promoción de una mayor integración social, un mayor número de oportunidades en materia de educación, formación, aprendizaje permanente y empleo, y la mejora de la disponibilidad y la calidad las ayudas técnicas. Se trata de un desafío de gran envergadura, cuya solución pasa por la adopción de medidas de ámbito nacional y comunitario».

Así,

«las políticas en materia de discapacidad están evolucionando hacia una nueva perspectiva que ya no considera las limitaciones físicas o psíquicas de un individuo el problema principal, sino que se centra más en su potencial de cara a la participación en la vida social y en el mercado de trabajo y en el respeto de sus



derechos. Actualmente, por consiguiente, la percepción de la ciudadanía de las personas con discapacidad se basa en el compromiso de las Administraciones Públicas a favor de la lucha contra la discriminación y la exclusión social. Este compromiso ha de materializarse en una legislación que consagre, con carácter vinculante, la lucha contra la discriminación».

Con la aprobación de la Ley 51/2003, y transcurridos más de veinte años desde que la LISMI fuera promulgada en abril de 1982, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas discapacitadas, que junto con la accesibilidad universal y el «diseño para todos», significa un importante impulso en las políticas dirigidas a la mejora de las condiciones de vida de este colectivo.

Se introducen una serie de avances respecto a la legislación anterior, entre los que cabe destacar:

— El reconocimiento de derechos y principios, delimitación de actitudes que pueden ser discriminatorias, y la obligación de que los poderes públicos adopten medidas contra la discriminación y de acción positiva.

— Establece además la obligación gradual y progresiva de que todos los entornos, productos y servicios sean abiertos, accesibles y practicables para todas las personas discapacitadas, para lo cual, dispone plazos y calendarios de adaptación.

— Obliga a las Administraciones Públicas a llevar a cabo campañas de sensibilización, acciones formativas y medidas para la innovación y el desarrollo de nuevas tecnologías, así como planes de acción para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.

— Se crea el Consejo Nacional de la Discapacidad —sustituyendo al creado en el año 2000— al que se encomienda la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y al que deberá consultarse cualquier norma que se elabore en desarrollo de esta normativa. En el seno del Consejo se creará una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones más representativas.

— El Gobierno debe regular un sistema de arbitraje para resolver las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad, con la participación en esos organismos de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias. Por su parte, la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la violación del derecho y para prevenir violaciones ulteriores, restableciendo al perjudicado en su derecho, así como la indemnización o reparación correspondiente.

— Se modifica el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Función Pública para establecer una nueva excedencia de los trabajadores o funcionarios, por un periodo máximo de un año para atender el cuidado de un familiar (hasta el segundo grado) que no pueda valerse por sí mismo o no pueda desempeñar una actividad remunerada.

— Se modifica la Ley de Propiedad Horizontal para obligar a las comunidades de propietarios a realizar obras de adaptación necesarias a petición de los propietarios de viviendas en las que residan o trabajen personas con discapacidad.

La participación de las personas con discapacidad y de sus familias, a través de sus organizaciones representativas, y el derecho de las mismas a participar activamente en los órganos consultivos y decisorios de la Administración, como medida específica de garantía, es, sin duda, uno de los puntos fuertes de la nueva Ley de igualdad de oportunidades y no discriminación.

La Ley, en efecto, prevé en el artículo 15 la participación activa de los titulares de los derechos reconocidos en la misma mediante el fomento, apoyo técnico y financiero, de asociaciones y demás entidades que defienden los derechos de las personas con discapacidad, y el reconocimiento a estas entidades, del derecho a estar integradas y participar en el proceso de toma de decisiones en los órganos administrativos competentes para establecer medidas que puedan afectarles.

Especialmente importante, a estos efectos, es el reconocimiento expreso del «diálogo civil», principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias tienen derecho a participar en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que les afecten [artículo 2.e)].

Sin embargo, se ha dejado para un desarrollo ulterior el establecimiento de una de las principales medidas de garantía que tiene toda Ley, como es el régimen de infracciones y sanciones; régimen que puede establecer el Estado con carácter básico.

Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, al indicar que las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones son un complemento necesario de aquellas que enuncian los deberes y obligaciones, o los derechos [STC 129/1991]. «Ello permite —y así lo hemos declarado en la STC 102/1995, fundamento jurídico 32— que, con la finalidad de garantizar unos mínimos de protección comunes a todo el territorio nacional, el Estado pueda establecer con carácter básico un catálogo mínimo de conductas —ampliable por el legislador autonómico— que en todo caso se deberán considerar infracciones administrativas; asimismo, que pue-

da determinar que algunas de esas conductas tendrán siempre la calificación de infracciones graves y, por último, que pueda establecer los criterios generales para la determinación de la gravedad de las infracciones, así como una escala de sanciones con unos límites máximos y mínimos» [STC 156/1995, de 26 de octubre].

En estos términos, y en aras a garantizar realmente la efectividad de la LIONDAU, sería conveniente que el Gobierno acortase el plazo de dos años establecido en la disposición adicional decimocuarta para la regulación del régimen de infracciones y sanciones.

#### IV. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

El acceso al empleo es un elemento decisivo para la integración de las personas con discapacidad en la economía y en la sociedad; permitiendo, mediante su participación en el mercado laboral, que puedan mejorar su dignidad e independencia.

En este sentido, manifiesta el Consejo, en los considerandos de la Directiva 2000/78/CE<sup>47</sup> que «el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal». Así, «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad».

Sobre la base del artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó, el 27 de noviembre de 2000, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [DO L 303, de 2.12.2000]. Esta Directiva prohíbe cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por lo que se refiere a la discapacidad, reconoce que el hecho de no realizar ajustes razonables en el

<sup>47</sup> CABRA DE LUNA, M. A., *Valoración de la Transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Propuestas de mejora*. Texto de Conferencia en el Seminario: Un Plan de Acción Europeo para las Personas con Discapacidad 2003-2010, organizado por la Oficina del Parlamento Europeo en España, la Representación de la Comisión Europea en España, ONCE y CERMI, Madrid, 20 de diciembre de 2004. Vid. CABRA DE LUNA, M. A., *La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad: Ley 51/2003, de 2 de diciembre y Transposición de la Directiva...* Ob. Cit.

lugar de trabajo puede constituir un caso de discriminación. En la práctica, estos «ajustes razonables» incluyen medidas destinadas a adaptar el lugar de trabajo a las necesidades de los trabajadores con discapacidad [adaptando los locales y equipos, así como los modelos de jornada laboral], a fin de facilitar su acceso al empleo en condiciones adecuadas.

Los Estados miembros tenían hasta diciembre de 2003 para transponer las disposiciones de esta Directiva en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con un plazo adicional de tres años (hasta diciembre de 2006) para poner en aplicación las disposiciones relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad.

Entre los ámbitos de aplicación de la Ley 51/2003 que venimos analizando, se encuentra el del empleo de las personas discapacitadas, señalando en este sentido el artículo 3, que «la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo dispuesto en esta ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación».

Esta legislación específica, con las oportunas y necesarias modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, de la LISMI, la Ley de Procedimiento Laboral, o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la que se transpone [Capítulo III], la Directiva 2000/78/CE.

El legislador recoge fielmente, y en gran medida, las disposiciones de la Directiva comunitaria. En el artículo 28 se definen los principios de igualdad de trato, discriminación directa, discriminación indirecta, y acoso. Si bien el principio de igualdad de trato o de oportunidades, así como el concepto de acoso, ya habían sido recogidos en la Ley 51/2003 (artículos 1.1 y 7.a), cabe destacar la definición de qué debe entenderse por discriminación directa e indirecta, ambas sancionables. El concepto de discriminación indirecta se adecua al reiterado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn*, asunto C-237/94) según el cual, el principio de igualdad de trato prohíbe no solo las discriminaciones manifiestas, sino también, cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido.

El ámbito de aplicación se refiere, al igual que la Directiva, a cuestiones como el acceso al empleo, la afiliación, las condiciones de trabajo, la

promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional (art. 34).

Por otro lado, en el artículo 35 se permite el fomento de medidas positivas que palien las desventajas de las personas discapacitadas: «para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de..discapacidad..., el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección». Medidas de acción positivas que, recordemos, prevé asimismo la Ley 51/2003 (arts. 8 y 9). En este sentido, se introduce un nuevo artículo 37 bis en la Ley 13/1982, de 7 de abril: «1. para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad».

La adecuación de la legislación española al principio de «ajuste razonable» configurado en el artículo 5 de la Directiva se realiza mediante el referido nuevo artículo 37 bis de la ley 13/1982, párrafo 2º, de conformidad con el cual «los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la información, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

Para determinar la existencia o no de una carga excesiva se tendrán en cuenta aspectos como «las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad», los costes de las medidas, y «el tamaño y volumen de negocios de la organización o empresa». Este principio se conecta directamente con el más general de «diseño para todos», establecido en el artículo 2 de la LIONDAU, de manera que se conciban o proyecten los entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, etc. de manera que puedan ser utilizados por las personas discapacitadas.

El artículo 36 de la Ley 62/2003 incorpora la «inversión de la carga de prueba» en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo, estableciendo que cuando de las alegaciones de la parte actora se «deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación», entre otros motivos, por razón de la discapacidad, «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». En el ámbito del trabajo,

se incorpora este precepto en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento laboral.

Si bien es cierto que incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda, aportar la prueba de su realidad, en el caso de discriminaciones que violen el principio de igualdad, la carga de la prueba se deberá invertir en aplicación de este artículo. La disposición que nos ocupa es consecuencia de una constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, asunto 109/88) según la cual, una vez que la parte demandante pone de manifiesto unos hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación, corresponde a la parte demandada demostrar objetivamente que los factores que dieron lugar a esa situación son ajenos a cualquier discriminación.

Con esta medida, el legislador comunitario trata de proteger a la parte más débil, víctima de la discriminación. Y esto es así porque las informaciones que permitan determinar la existencia de prácticas contrarias a la igualdad de trato se encuentran por lo general en manos de la parte demandada.

Por otro lado, y además de las ya comentadas, se incorporan modificaciones importantes en el Estatuto de los Trabajadores, incluyendo entre los derechos de los trabajadores [párrafo c) del apartado 2 del artículo 4] el no ser discriminados por razón de la discapacidad, «siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate», y al respeto de intimidad y dignidad, comprendidas actitudes de ofensas verbales o físicas, o acosos por motivo de la discapacidad [párrafo e)]. Asimismo, tal y como reclamaba el CERMI en su *Informe/Propuesta sobre la transposición al derecho español de la Directiva 2000/78/CE* (julio 2002), se incluye a los discapacitados entre los supuestos contemplados en el artículo 17, de manera que «se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo». Igualmente serán nulas, y como defensa de los trabajadores frente a posibles represalias, «las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Finalmente, por lo que al Estatuto de los Trabajadores se refiere, se considerará incumplimiento contractual y causa de despido, entre las pre-

vistas en el artículo 54, el acoso por razón de discapacidad al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

La LISMI también se ve modificada, quedando redactado el artículo 37 de la siguiente forma; además de la inclusión, ya comentada, del nuevo artículo 37 bis, relativo a la adopción de medidas positivas y de ajustes razonables en el puesto de trabajo.

«1. Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41».

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad.

3. Existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad.

Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 37 bis de la presente Ley, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión».

Cabe destacar que en esta ocasión, y en cumplimiento del mandato comunitario, el legislador español estableció el correspondiente régimen sancionador en caso de incumplimiento de las disposiciones particulares en materia de igualdad de trato en el empleo. De esta forma, se modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (R. D. Legislativo 5/2000). Pasan a ser infracciones muy graves:

— «Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajado-

res en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación» [apartado 12 del artículo 8];

— «El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.» [nuevo apartado 13bis del artículo 8];

— «Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado» [apartado 2, artículo 16].

El establecimiento de este régimen infractor y sancionador (al que resultan aplicables los artículos 39 y ss, con la graduación y cuantía de las sanciones) resulta de suma importancia para garantizar y exigir la aplicabilidad de esta normativa sobre igualdad de trato en el empleo.

## V. LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

### 1. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

La consecución de grandes objetivos sociales durante los últimos años tales como la universalización de los grandes pilares del Estado de Bienestar<sup>48</sup> (educación, sanidad y pensiones) ha propiciado que desde finales de los 90 se inicie una corriente de opinión generalizada en demanda de la cobertura adecuada de necesidades sociales de los colectivos más desfavorecidos en cuanto a sus niveles de autonomía personal que requieren de apoyos suficientes para asegurar una vida digna y la disponibilidad de condiciones que posibiliten su plena participación social en condiciones de igualdad con todos los ciudadanos.

<sup>48</sup> MUÑOZ MACHADO, S., y otros, *Las Estructuras del Bienestar. Tomo I: Derecho, economía y sociedad en España. Tomo II: Las estructuras del bienestar en Europa. Tomo III: Propuesta de reforma y nuevos horizontes*. Escuela Libre Editorial. Madrid, 1997; 1999; 2002.



La reclamación más insistente de este nuevo modelo de protección se centró inicialmente en las personas mayores pero se ha extendido, finalmente, también a las personas con discapacidad y, particularmente, las afectadas de manera grave o severa por una disminución.

Diversos fueron los trabajos e iniciativas acometidos en la legislatura anterior pero fue en las Elecciones Generales de 2004 cuando las diferentes opciones políticas ofrecieron compromisos concretos y bien perfilados en esta materia. En efecto, el nuevo Gobierno ha asumido compromisos firmes de proceder a la regulación de este nuevo sistema de protección social como puede comprobarse en el Debate de Investidura, en diversas iniciativas parlamentarias, así como, en multitud de manifestaciones de portavoces gubernamentales; en la línea marcada por la Comisión del Pacto de Toledo que incluyó, a finales de 2004, entre sus recomendaciones la referente a la necesidad de cobertura de la protección por dependencia<sup>49</sup>.

La primera prueba formal fue la aprobación por el Consejo de Ministros a finales de 2004, del «Libro Blanco de la Dependencia en España» sobre el cual se han pronunciado diversidad de operadores públicos y privados, empresariales y sociales, etc., y con cuya base se han desarrollado los trabajos de elaboración de un proyecto de ley en esta materia.

El Consejo de Ministros dio luz verde a un anteproyecto de Ley en diciembre de 2005, aprobándose definitivamente el proyecto en abril de 2006, habiéndose iniciado la tramitación parlamentaria a finales de junio del mismo año.

## 2. MODELOS, CONCEPTO, UMBRALES DE LA DEPENDENCIA Y POBLACIÓN

### A) *Modelos de protección*

Tres modelos:

De protección universal para todos los ciudadanos y financiación mediante impuestos. Es el modelo de los países nórdicos y de Holanda.

De protección a través del Sistema de la Seguridad Social, mediante prestaciones que tiene su origen en cotizaciones. Es el modelo de los países centroeuropeos, vigente en Alemania, Austria y Luxemburgo.

Asistencial, dirigido fundamentalmente a los ciudadanos carentes de recursos. Es el modelo más implantado en los países del sur de Europa.

<sup>49</sup> CABRA DE LUNA, M. A., *Libro Blanco de la Dependencia*, texto de Conferencia en las Jornadas sobre «Gestión del Patrimonio de Personas con Discapacidad y Mayores», organizadas por el FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD, en Madrid, 23 de junio de 2005.

La tendencia general dominante en los países de la UE, respecto de la protección social de la dependencia, se orienta hacia modelos de naturaleza universal de carácter impositivo o bien los de Seguridad Social.

## B) *Concepto*

El libro blanco asume la definición del Consejo de Europa: «aquel estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria».

Se hablará de situación de dependencia cuando concurren estos tres factores:

1. la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual que merma determinadas capacidades de la persona;
2. la incapacidad de la persona para realizar por sí mismo las actividades de la vida diaria;
3. la necesidad de asistencia o cuidados por parte de un tercero.

## C) *Umbral de entrada y grados de dependencia en España*

El libro blanco propone que la clasificación de la dependencia se establezca en tres grados. Ello permitiría graduar la dependencia, discriminando las situaciones de menor a mayor intensidad, facilitando a la vez la valoración y la gestión de la prestación. No obstante, cabe estudiar la incorporación de niveles dentro de un mismo grado con el fin de facilitar la asignación de recursos de una forma más ajustada a las necesidades.

Dependencia moderada (grado 1): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.

En las que a su vez habría que distinguir dos grupos:

- a) El grupo 1.A: personas con discapacidad moderada para alguna ABVD (Actividades Básicas de la Vida Diaria) que necesitan ayuda diariamente.
- b) El grupo 1.B: personas con discapacidad para algún AIVD (Actividades Instrumentales de la Vida Diaria) (movilidad fuera del hogar y tareas domésticas) que ni tienen discapacidad para ninguna ABVD.

Dependencia severa (grado 2): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente de un cuidador.

Gran dependencia (grado 3): Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia continua de un cuidador.

Las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) que se tienen en cuenta para decidir la dependencia de una persona son:

1. Reconocer personas y objetos y orientarse.
2. Entender y ejecutar órdenes y tareas sencillas.
3. Cambiar y mantener las posiciones del cuerpo.
4. Levantarse y acostarse.
5. Desplazarse dentro del hogar.
6. Asearse solo, lavarse y cuidar del propio aspecto.
7. Controlar las necesidades y utilizar solo el servicio.
8. Vestirse y desvestirse y arreglarse.
9. Comer y beber.

#### D) *Población*

En el sistema español una persona será considerada dependiente con derecho a protección con cargo al Sistema Nacional de Dependencia, cuando no pueda realizar, sin ayuda, alguna de las actividades básicas de la vida diaria.

Las personas que, sin tener una discapacidad en grado severo o total para las ABVD, tienen necesidad de ayuda para realizar tareas domésticas y/o discapacidad moderada en áreas de autocuidado, movilidad, alimentación y funcionamiento mental básico, se han distribuido en dos grupos, de las siguientes características:

Grupo A: Personas con discapacidad moderada para alguna actividad básica de la vida diaria que no necesitan ayuda diariamente.

Grupo B: Personas con discapacidad para alguna actividad instrumental de la vida diaria (movilidad fuera del hogar y tareas domésticas) que no tienen discapacidad para ninguna actividad básica.

El libro blanco afirma que los grupos A y B estarían fuera del sistema de dependencia al igual que ocurre en el sistema francés, estas personas,

aunque no recibieran las prestaciones del Sistema Nacional de Dependencia por no superar el umbral de entrada establecido para tener derecho a las mismas, podrían beneficiarse de otros servicios sociales de provisión pública.

La población dependiente estimada para España supone un 2,4 por ciento.

1.125.190 son las personas que se estiman constituye el «núcleo duro» de las situaciones de dependencia (estimadas para el año 2005), que cualquier sistema de atención de la dependencia debería priorizar.

194.508 tendrían un grado 3 (gran dependencia).

370.603 tendrían un grado 2 (dependencia severa).

560.080 tendrían un grado 1 (dependencia moderada).

### 3. BASE CONSTITUCIONAL DE LA FUTURA LEY DE PROTECCIÓN Y APOYO A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

#### A) *Introducción*

El Estado ha considerado la necesidad de aprobar una Ley de protección y apoyo a las personas en situación de dependencia, que establezca un sistema uniforme y común para todo el territorio.

La propia naturaleza de esta Ley requiere un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, por lo que la coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas resultará fundamental. Razones de eficacia así lo aconsejan, pero, fundamentalmente, porque la competencia exclusiva sobre la asistencia social está atribuida a las Autonomías, que, por otra parte, ya han aprobado, normas de muy distinta naturaleza y rango, cuya finalidad es, de una u otra forma, dar cobertura a las necesidades sociales de las personas en situación de dependencia.

#### B) *La Constitución legitima la aprobación de una Ley estatal de protección de las personas en situación de dependencia*

Los derechos sociales están orientados a asegurar un nivel mínimo de servicios que garanticen el desarrollo del individuo y de las colectividades, mediante la intervención estatal en la prestación de servicios y en la distribución de bienes.

Y en este sentido, la Constitución Española contiene distintos mandatos dirigidos a los poderes públicos que, ya sean de forma genérica o singularizada, establecen como objetivo prioritario de su actividad el mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y, en particular, de las personas mayores o con algún tipo de discapacidad.

El Estado tiene atribuida una función niveladora básica o esencial, esto es, garantizadora de unos mínimos prestacionales en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (seguridad social), 48 (juventud), 49 (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (tercera edad) de la Constitución. Esos cinco preceptos no atribuyen diferentes derechos a los cinco colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, obligando a los poderes públicos a instrumentar políticas adecuadas [STC 71/1982, ó 19/1982].

Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio.

La articulación de una Ley de estas características encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales antes citados, que deben completarse, todos ellos, por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como por la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

C) *El artículo 149.1.1ª de la Constitución atribuye al Estado la competencia para aprobar una Ley de protección y apoyo a las personas en situación de dependencia*

La legitimidad constitucional de una Ley estatal de protección y apoyo a las personas en situación de dependencia tiene sustento suficiente en la competencia que el artículo 149.1.1ª de la Constitución atribuye al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Este título competencial [«con contenido propio, no residual» (STC 172/1998)] otorga al Estado las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garantice los mismos dere-

chos y prestaciones en todo el territorio nacional. El artículo 149.1. amplía la función del artículo 53 de la Constitución, y así, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 32/1982, 42/82, 113/89, etc., se refiere a la «uniformidad de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos», o la «uniformidad en las condiciones de vida».

El Tribunal Constitucional en una consolidada doctrina jurisprudencial, ha delimitado el objeto y contenido de este título competencial en los siguientes términos:

a) El art. 149.1.1.º CE ha atribuido al Estado el establecimiento de las condiciones básicas necesarias para garantizar la igualdad. De este modo, «El Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

b) La «materia» sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos.

c) La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la «igualdad de todos los españoles» representa el elemento teleológico o finalista del título competencial». [STC 61/1997, de 20 de marzo].

d) Las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta.

e) Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos, asimismo, aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho; etcétera. [STC 227/1988, o STC 173/1998, de 23 de julio].

Cuando la Constitución encomienda al Estado la competencia sobre legislación básica, está pues indicando que el interés general exige que en esa materia concreta exista una regulación unitaria para el conjunto del Estado, regulación que no tiene porqué agotar el tratamiento normativo de la materia, sino contener las prescripciones más generales: lo importante es que se asegure la uniformidad. Este criterio ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia constitucional.

Explica, en efecto, la Sentencia de 28 de enero de 1982 que «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada... es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y vigencia común en toda la nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia».

Estos dos criterios son perfectamente utilizables en nuestro caso, ya que se corresponden con principios que también nuestra Constitución tiene consagrados:

a) En efecto, la necesidad de una regulación estatal siempre que el asunto, por sus características, supere la esfera de los intereses propios de una Comunidad Autónoma se deduce de los propios criterios manejados por la Constitución para repartir competencias. Está en la base de este reparto, según sabemos, que las competencias del Estado coinciden con el interés general y el de las Comunidades Autónomas con sus «respectivos intereses» (artículo 137). Ciertamente, estos intereses están concretados en competencias específicas por la propia Constitución. Pero, en ocasiones, como la que nos ocupa, en que la concreción última de las esferas competenciales está remitida a una operación legislativa posterior, el legislador debe manejar aquel criterio general de nuevo para precisar el alcance de sus atribuciones, para saber, en definitiva, cuál es la extensión posible de la regulación de lo básico.

b) Por último, el principio de la unidad jurídica y de la uniformidad de las condiciones de vida en todo el territorio está recogido en nuestra propia Constitución. Estas exigencias están explícitas, hasta con reiteración, en diversos preceptos constitucionales. No por razones distintas del mantenimiento de la unidad jurídica se reserva al Estado la competencia sobre la legislación civil, mercantil, penal, procesal, laboral, sobre las

bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas, etc. (párrafos 6, 7, 8, y 18 del artículo 149.1).

La uniformidad de las condiciones de vida no es, por otra parte, sino una forma de expresar que los derechos de los ciudadanos tienen que ser iguales en todas las partes del territorio, principio que no sólo es extrapolable a nuestro caso, sino que está expresado en nuestra Constitución con mayor claridad y énfasis que en ninguna otra Constitución federal o regional: por un lado, en el artículo 139 como límite general de los poderes autónomos; y, por otro, en el artículo 149.1.1º, que reserva su regulación al Estado, como ya hemos visto. Debiéndose destacar, como hizo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981, que « si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la constitución requiere siempre de una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Resta añadir que, tal y como declararon, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, y 16/1996, de 1 de febrero, los derechos sociales del Capítulo III del Título I de la Constitución son derechos y deberes fundamentales, a los que resulta aplicable el título competencial del art. 149.1.1ª CE para preservar el principio constitucional de unidad. Y, encontrándose entre tales derechos el derecho a una especial atención de las personas discapacitadas (art. 49 CE), corresponde al legislador estatal regular los principios básicos que garanticen, uniformemente, la protección universal de la dependencia.

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia se dictaría, básicamente, al amparo de la competencia del art. 149.1.1ª que acabamos de analizar.